
3 1761 07479396 9

INTRODUCTION

A L'ÉTUDE DU

DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

INTRODUCTION

A L'ÉTUDE DU

DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

ESSAI D'HISTOIRE ET DE CRITIQUE

SUR LA

COMPÉTENCE CRIMINELLE

DANS LES RAPPORTS AVEC L'ÉTRANGER

PAR

H. DONNEDIEU DE VABRES

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

LIBRAIRIE

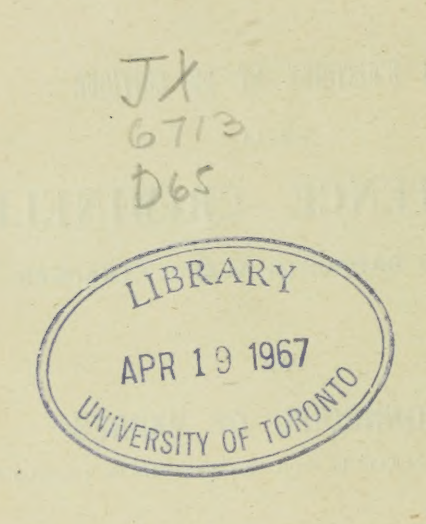
DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

LÉON TENIN, Directeur

22, rue Soufflot, PARIS, 5e

1922



PRÉLIMINAIRES

SOMMAIRE. — Les articles 5 à 7 du Code d'instruction criminelle français et la nécessité de leur revision. — Importance des études historiques dans l'élaboration du droit pénal international. — Rôle de la doctrine italienne des statuts. — Influence des transformations politiques sur le régime de la compétence criminelle. — Définition du droit pénal international : sa place parmi les sciences juridiques qui s'occupent des rapports entre les États. — But de l'ouvrage.

Les articles 5 à 7 du Code d'instruction criminelle français déterminent, en quelques formules, la compétence des juridictions françaises à l'égard des délits commis à l'étranger. Rédigés sous le premier Empire, amendés sans aucune méthode, au fur et à mesure que les circonstances faisaient éclater leurs imperfections, ces textes ne répondent plus aux besoins de la répression internationale. Ils sont faits aujourd'hui de pièces et de morceaux, et ne paraissent dominés par aucune vue d'ensemble. Leur revision s'impose. Devant les progrès effrayants de la criminalité internationale, développés par la facilité des communications, une résistance organisée, *internationalisée*, est nécessaire. Or, il est partout reconnu, et proclamé, que la science du droit pénal international est une science toute jeune (1).

Pourtant, c'est dans l'histoire qu'il faut en rechercher le fondement et les principes. Malgré le bouleversement causé par la guerre mondiale, ce serait une prétention singulière, de la part des juristes de notre temps, que celle de s'affranchir des précédents historiques. Si les problèmes de compétence internationale s'offrent sous un aspect assez nouveau, les problèmes relatifs à la compétence interne, à la délimitation des ressorts entre les

(1) Pillet, *Principes de droit international privé*, Paris, Pedone, 1903, p. 385 ; Larnaude et de Lapradelle, *Journal du droit international privé*, 1919, p. 155.

juges d'un même pays ont été envisagés de tous temps; or il existe, entre ces deux ordres de difficultés, un rapport logique. De plus, il est au moins une époque ancienne où les questions de droit international ont surgi, offrant avec leur position actuelle une certaine analogie. Ici, l'on fait allusion au XIVe siècle italien de Bartole. Quand, dans son œuvre magistrale (1), M. Lainé a voulu donner à la science, jeune aussi, du droit international privé une base juridique, c'est aux spéculations de Bartole et de ses disciples qu'avec infiniment de raison il l'a demandée. Alors, en effet, les conflits de compétence s'élevaient entre des cités autonomes et voisines, comme ils s'élèvent aujourd'hui entre des États indépendants. La souveraineté, au moins théorique, des Empereurs d'Allemagne donnait à ces cités le sentiment de leur solidarité politique. La communauté du droit qui les dominait, et qui était le droit romain, créait entre elles un lien plus fort. Enfin, les échanges, entre ces cités, étaient incessants. Or quand Bartole et ses contemporains, pour satisfaire à des nécessités quotidiennes, ont voulu résoudre, suivant la justice et la raison, les conflits de compétence, les questions civiles ne sont pas les seules qui se soient proposées à leurs efforts. Dans ce monde italien du XIVe au XVIe siècle, dont les excès sont restés célèbres (2), on se figure aisément la terreur qu'inspirait partout la circulation des malfaiteurs impunis. La riche terminologie des criminalistes de cette époque, leurs savantes classifications de délinquants — *latrones, vagabundi, disroboratores, assassini, etc.* — en sont la marque. Époque de réalisme et de cruauté, mais aussi époque de raffinement et de science : et ces différents traits ne la séparent pas essentiellement de la nôtre. Ces questions complexes du droit pénal international que les congrès de juristes envisagent aujourd'hui avec l'intérêt curieux qu'une nouveauté inspire, il n'en est pas, peut-être, une seule que les docteurs italiens n'aient examinée pour lui appliquer les incroyables ressources de leur prévoyance et de leur subtilité juridiques. Subtilité excessive sans doute, et qui explique l'injuste oubli où leurs dissertations sont tombées. Injuste, car les questions qui les préoccupaient bénéficient d'une actualité renaissante. Injuste, car il est per-

(1) Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I et II (1888-1892).

(2) On verra un tableau pittoresque et vivant de l'état social en Italie au Moyen âge, dans l'ouvrage de M. Gebhart : *De l'Italie. Essais de critique et d'histoire*. Paris, 1876, p. 39 et suiv.

mis de voir, dans cette Italie du Moyen âge, comme une esquisse de notre Société des Nations.

Sans doute, il s'est produit, au début des temps modernes, un événement qui a changé la position de tous ces problèmes; c'est la formation des grandes unités politiques, la création d'États unitaires, centralisés, autoritaires. Les questions de compétence civile n'engagent que des intérêts privés : et les principes qui gouvernent les conflits de lois, en cette matière, ne diffèrent pas sensiblement de ceux auxquels obéissaient, au Moyen âge, les conflits entre les statuts des cités. Mais dès qu'une question de répression se pose, l'État, seul investi du droit et de la mission de punir, devient partie au litige. Il jette, dans la mêlée des intérêts privés, ses intérêts, sa volonté, sa puissance. L'histoire du droit international privé peut être faite d'après les écrits des docteurs, dans une indifférence presque complète à l'égard des circonstances de leur temps. Mais, en droit pénal international, la pensée des auteurs est lettre close pour qui fait abstraction du droit positif : et celui-ci est en rapport direct, immédiat, avec les événements politiques.

Dans les temps d'impérialisme, quand l'État, énivré de sa puissance, tend à substituer, selon la formule allemande, un régime de police au régime de droit, l'influence de cet état d'esprit sur l'organisation de la compétence pénale se fait immédiatement sentir. Séparés des conflits de droit interne, que gouvernent des principes traditionnels de raison et de justice, les conflits internationaux obéissent à une formule propre où *l'intérêt de l'État* joue un rôle prépondérant. C'est de son *intérêt*, et de lui seul, que l'État s'inspire, pour fixer la portée territoriale de ses lois criminelles, pour régler, en concours avec les juridictions étrangères, la compétence de ses tribunaux. Dans l'antiquité, le nationalisme du droit romain, opposé au cosmopolitisme hellénique, a produit de telles conséquences. Plus tard, on les voit s'attacher à l'absolutisme monarchique français du XVIIe siècle. De nos jours, l'impérialisme allemand du XIXe siècle les a fait revivre, en leur donnant une expression scientifique. Ainsi s'est manifesté de tous temps, dans le domaine spécial de nos recherches, ce culte de la puissance sociale, cette idolâtrie de l'État, dont nous endurons aujourd'hui, à d'autres égards, les abominables conséquences.

De tous temps aussi, cette doctrine a trouvé des contradicteurs. L'esprit « international » de la ligue Amphictyonique revit dans l'œcuménisme de l'Église catholique au Moyen âge, et, plus

tard, dans l'humanitarisme de Grotius. A ces différentes époques, il a paru que si l'État est *partie* au procès pénal, il est dominé, comme tel, par des règles de Droit ayant une valeur universelle. Il a paru que l'État commet une sorte d'usurpation, lorsqu'il assujettit à des fins propres une mission qui lui est confiée pour le bien de la société *humaine*. Il a paru enfin que si le nationalisme politique engendre la guerre, le nationalisme juridique crée, lui, le désordre. Et c'est au lendemain de l'explosion la plus formidable que le monde ait connue qu'il est question de faire entrer dans la pratique une organisation des États, animée de l'esprit de logique et de justice qui inspira, au XIVe siècle, la doctrine italienne des statuts.

On s'est préoccupé souvent de définir le *droit pénal international*, de le situer parmi les sciences juridiques dont l'objet est également de régler les rapports entre les États. Il résulte nettement de ce qui précède qu'on ne doit l'isoler ni du droit international privé, ni du droit international public; mais il en résulte aussi qu'il ne doit être confondu avec aucune de ces disciplines. Il présente avec le droit international privé une certaine communauté d'origine, une ressemblance de méthode. Quand Bartole et ses successeurs s'attachent à déterminer le domaine d'application des statuts civils, les statuts pénaux ne sont pas étrangers à leurs recherches; et c'est avec raison qu'ils s'inspirent, pour en limiter la portée territoriale, des mêmes principes (1). Mais le droit international privé ne suppose en présence que des intérêts particuliers, au lieu que le droit pénal international met en rapport direct les individus et l'État. Le premier appartient au droit privé; le second est une branche du droit public (2). — Sans doute aussi, le droit pénal international est, avec le *droit international public*, dans une communication constante. Il emprunte à ce dernier les données essentielles à défaut desquelles les questions de compétence criminelle ne peuvent être l'objet d'un examen rationnel : la notion du territoire; le rôle et la mission des agents diplomatiques; l'indépendance respective des États et leur pouvoir d'intervention réciproque..... Mais au lieu que le droit international public suppose que des intérêts *collectifs* sont en concours — les intérêts généraux des communautés politiques — dans tout problème de

(1) Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I (1888), p. 14.

(2) V., pour le rattachement du droit pénal international au droit international privé : Lainé, *loc. cit.*; Westlake, *Treatise on private international law* (1890), p. 5.

droit pénal international un droit individuel est impliqué. Le droit international public est un droit *international* : dans la mesure où il possède une valeur positive, il l'emprunte à des accords intervenus entre les États. Or, dans l'état actuel des relations internationales, le droit pénal international positif est le fruit d'une élaboration *unilatérale*. Il existe autant de jurisprudences que d'États intéressés à régler leurs rapports de droit criminel avec l'étranger. Aujourd'hui, le droit pénal international est un droit *interne* (1).

Sans doute un jour viendra où, l'accord s'étant fait, universel, sur la répartition des compétences pénales, on devra lui reconnaître une nature différente. Mais au point actuel de son développement scientifique, il est impossible de voir en lui autre chose qu'un chapitre du *droit criminel*. En l'absence d'un Législateur international, dont l'autorité souveraine s'imposerait à lui, le législateur particulier de chaque pays s'inspire de sa notion propre pour régler la compétence internationale de ses tribunaux et de ses lois : cette notion, il l'emprunte, dans une large mesure, au *but* qu'il assigne lui-même à ses lois pénales. Si la règle de droit pénal a pour sujet actif l'État souverain, elle a pour sujets passifs tous les individus qu'elle régit; la règle de droit serait incomplète, si ces sujets passifs n'étaient pas clairement déterminés. Cambacérès avait raison, lorsqu'à la séance du Conseil d'État où furent préparés les premiers articles du Code d'intruction criminelle, il s'écria : « Les questions qu'on discute sont des questions de *pénalité*. Il s'agit de savoir si l'on peut punir ou non en France certains crimes commis à l'étranger ». Les législateurs modernes se sont inspirés de la même idée, lorsqu'ils ont, tous, fait figurer en tête de leurs lois criminelles leur réglementation particulière des problèmes du droit pénal international.

Quels sont ces problèmes? Leur détermination résulte de la formule suivante, purement analytique, mais qui présente, sur d'autres définitions (2), l'avantage d'une simplicité plus grande :

(1) V. cependant, pour le rattachement du droit pénal international au droit international public : Von Bar, *Lehrbuch des internationalen Privat und Strafrechts*, 1892, p. 4; Despagnet-de-Boeck, *Précis de droit international privé*, 5e éd., 1909, n° 8, p. 20; Despagnet-de-Boeck, *Cours de droit international public*, n° 259, p. 363.

(2) Les formules de von Rohland, de von Martitz et de Meili, qui définissent le droit pénal international « l'ensemble des principes de droit par lesquels l'État, comme membre de la communauté internationale, détermine l'empire de ses règles et lois pénales par rapport aux personnes et aux biens (Rohland, *Das internationale Strafrecht*, 1re partie, p. 2); « le système des règles de

Le droit pénal international est la science qui détermine la compétence des juridictions pénales de l'État vis-à-vis des juridictions étrangères, l'application de ses lois criminelles par rapport aux lieux et aux personnes qu'elles régissent, l'autorité, sur son territoire, des jugements répressifs étrangers. Cette définition néglige les questions relatives aux formes des procédures internationales, à l'extradition, au mode d'exécution forcée des sentences étrangères. Ces questions sont l'objet de la procédure criminelle internationale, qui est la « face internationale » de la procédure criminelle, comme le droit pénal international est la face internationale du droit pénal.

Dans cette *Introduction*, où l'on s'efforcera de dégager les lois historiques qui ont guidé, dans la science et dans la pratique, le développement passé du droit pénal international, les questions si diverses qui le composent ne sauraient être l'objet d'un examen également approfondi. Les questions *spéciales*, concernant la complicité internationale, la détermination du lieu du délit, la répression des infractions commises, en temps de guerre, sur un territoire occupé etc. ne seront envisagées qu'incidemment, dans la mesure du rapport qu'elles présentent, chez les auteurs qui s'en occupent, avec les problèmes les plus généraux.

Sur ces problèmes, tels qu'ils ont été examinés et résolus dans l'Antiquité et au Moyen âge, d'épaisses ténèbres s'étendent encore. Mais l'étude des représentants principaux de la doctrine permet d'apercevoir, au moins, une orientation. Les recherches savantes, qui ont été faites ces dernières années, notamment en Allemagne sur le droit interstatutaire du Moyen âge, ouvrent des échappées sur le droit positif.

Il s'agit simplement, on le répète, en s'appuyant sur l'étude des auteurs, et sur les résultats acquis de la critique historique, de

droit concernant l'application à l'étranger du droit pénal national, mieux du droit pénal interne » Martitz, *Internationale Rechtshilfe*, t. I, p. 425) ; « l'ensemble des lois et principes de droit qui résultent du fait que des actes délictueux tombent ou semblent tomber sous l'empire des lois pénales d'États politiquement indépendants les uns des autres » (Meili, *Lehrbuch des internationalen Strafrechts*, Zurich 1910, p. 1 et suiv.) ont à notre sens le tort commun de viser exclusivement les conflits de *lois* pénales. — D'autres définitions, données par von Bar, Franck, etc. s'appliquent exclusivement à la compétence judiciaire. La paternité du terme « droit pénal international » est attribuée à Bentham (Kœnig, *Grundzuge des internationalen Strafrechts mit besonderer Berücksichtigung der neuen Entwurfe Deutschlands, Oesterreichs und der Schweiz*, Bern, 1915, p. 9).

trouver le fil conducteur susceptible de fournir, entre les systèmes qui se combattent aujourd'hui, une raison de préférence, et d'appoter à des problèmes dont la brûlante actualité n'échappe à personne, un élément de solution.

Peut-être, on aura contribué ainsi, en quelque mesure, à « l'internationalisation » désirable du droit pénal international.

CHAPITRE I

L'ANTIQUITÉ

SOMMAIRE. — L'évolution des doctrines et du droit positif en ce qui touche le fondement et le régime de la peine. — Le droit pénal des sociétés antiques : Inde, Égypte, Palestine, Grèce. — Caractères généraux du régime pénal des étrangers. — Les sources.

Dans la société antique, l'exercice de la vengeance est la première forme de la répression. La phase des compositions volontaires marque un progrès vers l'adoucissement des mœurs ; le libre développement de la force est remplacé par les accords qui fixent, entre les parties, le prix du sang. L'intervention de l'autorité sociale se produit plus tard. Elle se manifeste d'abord par la substitution, aux compositions volontaires, des compositions légales dont l'État fixe le taux. Elle s'affirme par l'établissement de tribunaux répressifs devant lesquels la partie lésée par le délit prend l'initiative de la poursuite et réclame l'application d'une peine, puis par la création d'un système de délits publics qui sont prévus et punis au nom de l'État. Cette évolution est bien connue (1). Elle s'est réalisée, et l'on peut dire qu'elle est parvenue à son terme chez la plupart des sociétés qui ont précédé l'ère chrétienne. Chez les Hindous, les lois de Manou, que certains Orientalistes font remonter jusqu'au XIIe ou XIIIe siècle, et que d'autres font dater au plus tard du VIe siècle av. J-C. (2), présentent la justice criminelle comme une émanation directe de la divinité, puis comme une dette sacrée qui pèse sur le prince en échange de l'impôt ; la phase de la vengeance indivi-

(1) V. en particulier Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4e éd., Paris, 1906, p. 391 et suiv. et les auteurs cités.

(2) Thonissen, *Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*, t. I (1869), p. 5 et suiv.

duelle, celle des compositions volontaires sont dépassées : la peine a les caractères d'une expiation légale. — En Égypte, le droit de punir est une délégation de la puissance divine dont bénéficient les Rois, chargés de juger toutes les classes de la nation : les murs du Rhamesseum de Thèbes étalent des bas-reliefs et des tableaux où les plus grandes divinités de l'Égypte remettent au Roi, avec les insignes du commandement militaire, la houlette, symbole du Gouvernement civil, et le fouet, emblème de la justice criminelle (1). — Chez les Juifs, l'idée d'expiation religieuse est dominante aussi : mais il y a progrès, dans le sens d'une justice plus démocratique ; le pouvoir de juger n'est plus réservé au Roi, ni au Sacerdoce : les juges sont pris dans tout le peuple (2). — L'histoire du peuple grec nous fait parcourir toutes les phases de l'évolution du droit pénal : depuis la vengeance privée dont l'inspiration remplit les poèmes homériques, jusqu'à la justice sociale dont les lois de Dracon et de Solon sont des monuments impérissables (3).

Quel fut, dans ces sociétés antiques, le régime pénal des étrangers ? Sans doute, la question ne s'est guère posée dans la société hindoue, isolée, aristocratique, organisée, même au point de vue pénal, sur le principe de l'inégalité des conditions, depuis le Brahmane qui est une divinité puissante résidant sur la terre « jusqu'au Soudra destiné à vivre dans l'abjection de la dépendance, qui vient après l'éléphant et le cheval (4) ». L'homme venu du dehors ne peut être assimilé qu'à celui de la classe la plus misérable, et les supplices qui l'attendent sont sans doute les pires qu'ait institués une législation féconde en horreurs. — Mais, dans la longue histoire du peuple égyptien, il s'est produit de nombreux contacts avec des étrangers venus en Égypte pour s'y établir, pour commercer avec elle, ou pour la dominer : Perses, Grecs ou Romains ; et le régime pénal qui les concerne contient des solutions qu'inspire une idée d'égalité : égalité dictée par l'intérêt ou par la crainte, plutôt que par un sentiment de justice. — Ce besoin de justice envers les étrangers, la législation mosaïque en est imprégnée au plus haut degré. — Et si, dans la littérature hellénique, toute la gamme des sentiments se fait entendre, y compris l'hosti-

(1) Thonissen, *Études*, t. I, p. 90.
(2) Thonissen, *Études*, t. I, p. 183.
(3) Gustave Glotz, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris, 1904, p. 299 et suiv.
(4) Thonissen, *Études*, t. I, p. 36 et suiv.

lité violente qu'expriment les invectives d'un Achille ou d'un Hector — c'est une bienveillance intelligente envers les étrangers qui domine, en définitive, chez le peuple commerçant d'Athènes. Alors, la multiplicité des relations entre les cités a fait surgir les questions les plus délicates et les plus modernes du droit pénal international. Et l'on a dû se demander, comme aujourd'hui, s'il y avait lieu de punir les délits commis en dehors du territoire, et si les intérêts étrangers, comme les intérêts de la cité, devaient bénéficier d'une protection pénale.

Quelles sont les sources? Les lois inspirées par Brahma lui-même à Manou « qui possédait toute la science divine » lois expliquées dans les illustres écoles de Bénarès et du Bengale, élucidées par une jurisprudence plusieurs fois séculaire, renferment tous les principes essentiels du droit hindou. — Les riverains du Nil ont conservé pendant de longs siècles le texte intégral des lois révélées par Hermès; mais, de ses livres juridiques, il ne nous reste rien, ou presque rien. Les lois de Sésostris (Ramsès II), de Bocchoris, d'Amasis (Ahmès) sont également perdues (1). Mais le peuple égyptien est assez conservateur de ses traditions religieuses et juridiques pour qu'on les retrouve, sans de trop grands risques d'erreurs, après les invasions étrangères, dans les écrits d'historiens grecs, tels qu'Hérodote ou Diodore, qui en ont apporté le témoignage (2). La législation mosaïque est conservée par les livres sacrés : le Lévitique et le Deutéronome. Les compilations plus récentes de la Mischnah et du Talmud conservent les traditions juridiques que les docteurs d'Israël, depuis Moïse et Aaron, se sont transmises de génération en génération (3). Chez les Grecs, les sources abondent, depuis les poèmes d'Homère jusqu'aux plaidoyers de Démosthène, en passant par les écrits des philosophes.

(1) Thonissen, *Études*, t. I, p. 79 et suiv.

(2) V. en particulier Hérodote, liv. II, chap. CXIII-CXV, CLXXVIII ; Diodore, liv. I, chap. LXXV (trad. Hæfer).

(3) Thonissen, *Études*, t. I, p. 183 et suiv. ; cf. Stapfer, *La Palestine*, 6e éd. 1892, p. 19 et suiv.

Section I

Le Régime pénal des étrangers dans la phase originaire de la justice privée.

Sommaire. — La compétence pénale dans le groupe familial (autorité domestique du père de famille) — et dans les rapports entre les groupes (γένη). — Caractère collectif de la vengeance. — Absence de toute idée morale dans les rapports avec l'étranger. — Les traités de paix (ἄιδεσις, ἀσυλία).

La vengeance est la première forme de la répression. Mais la vengeance ne s'exerce, comme telle, qu'entre individus faisant partie de groupes différents. A l'intérieur du groupe — qui est la famille (γένος chez les Grecs) puis la phratrie, formée des γένη, puis la tribu, il y a une autorité domestique, qui a un pouvoir répressif, et dont l'intervention exclut l'exercice des vengeances individuelles. En Égypte, le tribunal domestique existe; il est figuré dans les hypogées de Beni-Hassan (1). Il existe aussi chez les Hébreux. La cité homérique a conservé les organes primitifs de la vie sociale : et le βασιλεύς qui en est le chef, rend la justice, assisté des γέροντες, qui sont les βασιλῆες des groupes inférieurs, les chefs de tribus ou de familles. Les infractions que l'autorité domestique réprime sont, en général, les attentats contre le groupe ou contre son dieu; parmi les crimes de droit commun, on n'a connu pendant longtemps que le meurtre et l'attentat aux mœurs (adultère ou viol) (2). La décision autoritaire (θέμις chez les Grecs) s'inspire d'un sentiment de défense sociale, et a pour but l'intimidation. L'exécution de la peine (expulsion du meurtrier, destruction de sa maison, confiscation de ses biens) a un caractère collectif : le coupable voit se ruer sur lui tous les membres du groupe. L'ἀτιμία dont il est frappé implique, en même temps qu'une servitude plus dure que toute autre, qui lui fait « une vie impossible à vivre », le déshonneur (3). Un sentiment de réprobation violente s'attache aux crimes que punit l'autorité domestique. Quand le groupe s'élargit, il lui arrive de comprendre, en dehors de ceux qui lui appartiennent par la naissance, l'étranger, le mendiant qui a franchi le seuil

(1) Thonissen, *Études*, t. I, p. 120 et suiv.

(2) Glotz, *op. cit.*, p. 22.

(3) Glotz, *op. cit*, p. 28; d'Aremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. I (1877) v° Ἀτιμία.

sacré de la maison, et que protège un sentiment de source religieuse qui apparaît déjà dans les poèmes homériques : l'αἰδώς (1). A chacun l'αἰδώς persuade ce que la θέμις ordonne à tous, d'admettre les étrangers à sa table (2), de leur offrir des vêtements (3), des cadeaux (4), d'assurer leur retour (5), d'avoir pour eux tous les ménagements d'une tendre amitié (6). Et comme l'αἰδώς entraîne toujours réciprocité d'obligations, l'hôte qui reçoit devient αἰδοῖος, en même temps que l'hôte reçu (7). Tous ceux qui sont sous le même toit (ὑπωρόφιοι), qu'ils soient ou non du même sang, se sentent mutuellement soumis aux obligations d'une parenté naturelle ou fictive (8). L'autorité domestique, le pouvoir répressif du chef de groupe s'exerce sur tous (9).

Au contraire, dans les rapports avec les étrangers qui ne sont pas αἰδοῖοι, dans les rapports entre les membres de groupes différents la vengeance est la seule forme de la répression. Les Grecs ne connaissent rien en dehors d'elle, à une époque où les Hébreux possédaient déjà depuis plusieurs siècles les admirables décrets de Moïse. L'exercice de la vengeance est, pour celui qui a subi l'insulte, et pour les siens, un devoir et un plaisir. Achille, devant le cadavre de Patrocle, jure de ne prendre aucun aliment tant qu'il n'aura pas lavé sa honte dans le sang troyen (10). Laisser un meurtre impuni était la pire des hontes. Les Grecs ont toujours exprimé avec une vivacité extrême le bonheur de se venger. On ne pouvait lancer à un ennemi d'insulte plus horrible que de lui souhaiter de mourir sans vengeance. Il y a une vengeance exercée par les morts. Ainsi se déchaînent des luttes étranges entre les vivants et les trépassés; et le suicide est, pour celui qui se sent trop abandonné et trop faible pour satisfaire actuellement sa haine, une suprême façon de se venger (11).

La vengeance a un caractère *collectif*. Il y a un sentiment de solidarité étroite entre les membres du groupe primitif. Le crime

(1) Glotz, *op. cit.*, p. 94 et suiv.
(2) Odyssée, XXI, 28.
(3) Odyssée, XIV, 505.
(4) Odyssée, VIII, 544.
(5) Odyssée, XIX, 243.
(6) Odyssée, III, 96; IV, 326.
(7) Odyssée, XIX, 191; XVII, 152; XIX, 165, 262, 336, 583.
(8) Odyssée, IX, 640, 642.
(9) Platon, *Lois*, IX, p. 854 D.
(10) Glotz, *op. cit.*, p. 50 et suiv.
(11) Glotz, *op. cit.*, p. 62.

commis par l'un d'entre eux engendre une responsabilité collective. Cette idée existe chez les Égyptiens (1), et chez les Hébreux (2), mais nulle part elle ne s'exprime plus énergiquement que chez les Grecs, où elle s'est communiquée du γένος à la cité.

Politès, compagnon d'Ulysse, ayant fait violence à une jeune fille, fut lapidé par les gens de Témésa. Ulysse ne fit rien pour le venger. Mais le spectre du mort jeta un tel effroi dans la ville qu'on se décida, sur l'ordre de la Pythie, à lui construire une chapelle, et à lui livrer tous les ans une eune fille (3). D'après une autre légende, les Pélasges de Lemnos, coupables d'avoir enlevé des Athéniennes, puis de les avoir égorgées, elles et leurs enfants, furent forcés par l'oracle de Delphes d'aller promettre aux Athéniens toutes les satisfactions qu'ils désiraient (4). Voici, enfin, un fait d'une incontestable authenticité. Quand Darius fit demander aux Grecs la terre et l'eau, les deux hérauts qu'il envoya aux Spartiates furent précipités dans un puits. Sparte fut en proie au ressentiment de Talthybios : « Il y eut tant de tristesse et de malheurs chez les Lacédémoniens, écrit Hérodote, que dans les assemblées convoquées à maintes reprises, ils firent demander par la voix des hérauts : « Qui parmi les Lacédémoniens, veut mourir pour Sparte (5) »?

La solidarité qui existe, passivement, dans la responsabilité du crime, se manifeste aussi, activement, dans l'exercice de la vengeance. Le γένος inspire un sentiment analogue au patriotisme. « La solidarité de la famille, dit M. Glotz (6), agit spontanément comme une force naturelle, un instinct vital ». Elle agit contre l'ennemi intérieur, contre le membre révolté ou infidèle, pour l'expulser. Elle agit aussi contre l'ennemi extérieur, pour le détruire, à moins de le réduire à l'impuissance. Ainsi se déchaînent les guerres privées, d'abord entre les familles, puis entre les tribus et les cités.

Mais au lieu que la justice criminelle, émanant de l'autorité domestique, s'accompagne d'une idée de sanction morale, cette idée est absente, dans la réaction contre l'ennemi extérieur. Les mêmes faits qui rendent ἄτιμος, quand ils ont lieu à l'intérieur du groupe social, n'entraînent, lorsqu'ils sont commis au dehors, aucune réprobation. Entre concitoyens, la rapine est coupable : ἅρπαξ κακή ; or, le vol, qu'il soit accompli ou non à main armée, n'est pas

(1) Thonissen, *Études*, t. I, p. 141 et suiv.

(2) Deutéronome, XXI, 1-8. Cf. Thonissen, *Études*, t. II, p. 188, 189; Dareste, *Études d'histoire du droit*, p. 23-24; Glotz, *op. cit.*, p. 210.

(3) Pausanias, VI, 6, 7, 8; Strabon, VI, 5. Cf. Glotz, *op. cit.*, p. 210.

(4) Hérodote, VI, 138, 139.

(5) Hérodote, VII, 134.

(6) Glotz, *op. cit.*, p. 44.

infamant, et peut être méritoire, s'il se fait aux dépens d'un clan ennemi ou d'un pays étranger. Le brigandage, la piraterie sont licites : on enlève le bétail, les femmes, les enfants ; il semble tout naturel de demander à des marins étrangers s'ils sont pirates. Le pillage est une source de profits licites, à condition qu'il se fasse d'un État à l'autre, ou, à des stades plus lointains de la civilisation, d'une tribu ou d'un γένος à l'autre (1).

La guerre entre les groupes sociaux se termine par un accord qui est un véritable traité international. Il suffira que cet accord intervienne avant même que les hostilités soient déchaînées pour que nous voyons succéder à la phase de la vengeance privée celle des compositions volontaires. L'esprit pratique des Grecs a dû faciliter les transactions. Au lieu que, chez les Hébreux, il est interdit de recevoir la rançon du sang, aucune idée de blâme n'atteint le Grec qui, moyennant une indemnité pécuniaire, consent à se réconcilier avec le meurtrier de l'un des siens (2).

Quel est l'objet de l'accord ? Généralement il est convenu d'une amende, ποινή. Mais il est possible aussi qu'il soit convenu de l'abandon noxal du coupable. Pausanias nous parle d'une requête à fin d'extradition que les Spartiates ont adressée aux Messéniens (3). La communauté ne se croit pas tenue de protéger, envers et contre tous, la personne du criminel (4). En un temps où le caractère sacré du foyer, le respect du droit d'asile excluent l'extradition de l'étranger réfugié, cette exception est apportée au principe de la solidarité sociale. Le fait n'est pas spécial aux Grecs. Chez les Juifs, David livre aux Gabaonites, aux lieu et place de Saül mort, sept de ses fils et petits-fils (5).

Quel est enfin l'effet de l'accord ? L'exercice du droit de vengeance est désormais aboli ; il y a réconciliation (αἴδεσις) ; et le sentiment de haine qui séparait les parties fait place au sentiment pacifique qui anime l'hôte envers l'étranger reçu au foyer (αἰδώς). Les difficultés auxquelles pourra donner lieu l'application

(1) Odyssée, XVI, 424-429 ; Hésiode, *Œuvres et jours*, 354 et suiv. ; cf. Glotz, p. 198 et suiv.

(2) Thonissen, *République athénienne*, p. 50 et suiv.

(3) Pausanias, IV, 4, 8. Il s'agit d'une demande d'extradition visant un Messénien, Polycharès qui, ayant subi un préjudice injuste d'un Spartiate, et n'ayant pu se faire rendre justice à Sparte, s'était, par représailles, rendu coupable de plusieurs meurtres (vers 764).

(4) Plutarque, *Banquet des Sept sages* : 19, p. 162 E.

(5) Samuel, II, 21, 1-14.

du traité de paix seront portées devant des arbitres (1). Ainsi se créera peu à peu, à côté de la justice familiale (θέμις) une justice sociale (δίκη). Des alliances, des fédérations dont la plus célèbre est l'*Amphictionie*, à la fois politique et religieuse, de Delphes s'établiront entre les peuples de la Grèce (2). Et les traités de différentes natures (ἀσφάλεια, ἀσυλία) (3) se multipliant entre les cités voisines, au point de présider d'une manière générale aux relations juridiques entre les hommes de villes différentes, on s'habituera, pour avoir « la paix nourricière de la jeunesse (4) » à faire droit aux étrangers comme aux citoyens.

Section II

Le régime pénal des étrangers dans la période classique de la répression sociale.

Sommaire. — La répression sociale chez les Hindous, les Égyptiens, les Juifs. — Adoucissement progressif dans la condition pénale des étrangers. — Les Grecs de Naucratès. — L'évolution en Grèce jusqu'à Dracon et Solon : l'homicide ne fait naître qu'une action privée. — Organisation, pour les étrangers, d'incriminations spéciales, de pénalités spéciales, ayant parfois un caractère collectif ; de juridictions et de formes particulière ; l'ἀπαγωγή. — Bienveillance relative de la pratique athénienne à l'égard des étrangers.

L'évolution est achevée chez les Hindous, chez les Égyptiens et chez les Israëlites, alors qu'elle est à peine ébauchée chez les Grecs. Ni dans les lois de Manou, ni dans les documents qui nous révèlent le droit de l'ancienne Égypte, on ne trouve trace du droit de vengeance ou des compositions volontaires.

La répression est exercée par le Prince, au nom de la Divinité, chez les Hindous (5) ; par les Pharaons et par la classe sacerdotale chez les Égyptiens (6) ; dans la justice plus démocratique des Juifs, les juges sont pris dans tout le peuple (7).

Bien qu'au point de vue de la modération relative des supplices,

(1) Glotz, *op. cit.*, p. 230 et suiv.

(2) Egger, *Études historiques sur les traités publics chez les Grecs et chez les Romains*, Paris 1866, p. 21 et suiv.

(3) Glotz, *op. cit.*, p. 220. *Dict. des Antiq.* t. I, v° 'Ασυλία.

(4) Hésiode, *Œuvres et jours*, 225-237.

(5) Thonissen, *Études*, p. 12.

(6) Thonissen, *Études*, p. 90.

(7) Thonissen, *Études*, p. 183 et suiv.

le droit égyptien marque un certain progrès par rapport au droit hindou, il conserve plusieurs aspects d'une législation barbare : le pouvoir absolu du Roi, qui peut ordonner de mettre à mort tous les enfants mâles d'une tribu nombreuse à laquelle ses prédécesseurs ont donné des terres et des pâturages (1); le caractère collectif de la peine qui, en vertu de la solidarité du sang, atteint parfois, avec le condamné, toute sa famille (2); enfin l'inégalité des conditions qui entraîne l'inégalité des châtiments, différents suivant que le coupable est un homme libre ou un esclave, un Égyptien ou un étranger, différents aussi suivant le rang social et l'origine de la victime (3).

Mais l'histoire du droit égyptien, si elle était mieux connue, permettrait de constater, très probablement, une amélioration progressive de la condition pénale des étrangers. Il est permis, du moins, de signaler certains résultats de cette évolution.

C'est, à une époque très ancienne, la répression égale de l'homicide volontaire, toujours puni de mort, sans aucune distinction entre le citoyen et l'étranger, l'homme libre et l'esclave. Les Égyptiens ont voulu protéger la vie humaine aussi énergiquement que l'action de la justice criminelle le permettait. La décision, spéciale au cas de meurtre, ne constitue pas un hommage à la communauté d'origine de l'espèce humaine; elle a pour objet de donner à tous une haute idée de l'inviolabilité de la vie, et de protéger indirectement les maîtres eux-mêmes contre les conséquences éventuelles des haines de leurs subordonnés (4).

C'est, ensuite, le droit reconnu à tout habitant de la vallée du Nil, Égyptien ou étranger, libre ou esclave, de prendre le rôle d'accusateur à l'égard des crimes dont il était le témoin ou la victime. Alexandre, accusé par ses esclaves, étrangers comme lui, d'avoir ravi Hélène, méconnu les devoirs de l'hospitalité et volé les trésors de son hôte, fut conduit à Memphis, où ses accusateurs parurent, en même temps que lui, au tribunal du Roi (5).

Enfin, l'histoire d'Égypte nous fournit déjà une application curieuse de la personnalité du droit pénal, par la condition qui fut faite aux Grecs commerçants venus dans la vallée du Nil, et auto-

(1) Exode I, 16; Josèphe, *Antiq. jud.* livr. II, chap. v.
(2) Thonissen, *Études*, t. I, p. 141.
(3) Thonissen, *Études*, t. I, p. 171.
(4) Thonissen, *Études*, t. I, *loc. cit.* Aussi en était-il autrement pour le viol, par exemple.
(5) Hérodote, livr. II, chap. cxiii-cxv; cf. Thonissen, *Études*, I, p. 121.

risés par le roi Amasis (1) à établir leurs comptoirs à Naucratis (près de la bouche Canopique). Les Ioniens de Chios, de Téos, de Phocée et de Clazomène, les Doriens de Rhodes, de Cnide, d'Halicarnasse et de Phasélis, joints aux Éoliens de Mitylène, érigèrent dans cette ville un sanctuaire magnifique, l'Hellénion, où des juges, nommés par toutes ces villes, rendaient la justice à leurs nationaux. Ces magistrats n'étaient pas de simples consuls, ayant un pouvoir de juridiction commerciale. Leur rôle était plus étendu ; ils statuaient sur toutes les infractions commises par les Grecs résidant sur le territoire de Naucratis (2).

On a soutenu le contraire, en se fondant sur un passage d'Hérodote, que l'on traduisait ainsi : « Le temple appartient à toutes ces villes et *les préposés aux affaires commerciales* y sont institués par elles (3). Suivant une traduction plus récente, et qui parait plus exacte, Hérodote a voulu dire : « L'Hellénion appartient à toutes ces villes : elles ont droit d'y établir des juges ». « Hérodote, dit Larcher, appelle les magistrats de Naucratis προστάται ἐμπορίου, mais leur vrai nom est celui de *timouques*, ainsi que nous l'apprend Athénée. *Emporium* signifie une place de commerce. Προστάτης τοῦ ἐμπορίου indique le juge de cette ville, et non pas un juge particulier pour le commerce, ce que nous appelons un consul » (4).

C'était naturellement suivant leur droit d'origine que ces magistrats grecs, siégeant à Naucratis, rendaient à leurs concitoyens la justice pénale. Lorsque, plus tard, les Égyptiens eux-mêmes durent subir la domination successive des Perses et des Grecs, c'est en vertu d'une sorte de personnalité du droit qu'ils purent conserver leurs tribunaux et leur législation criminelle. Étroitement unie au culte national, elle fut conservée, avec lui, jusqu'à l'arrivée des Romains (5).

En définitive, l'amélioration qui fut apportée dans le droit égyptien, au régime pénal des étrangers, s'explique soit par le désir de rendre la répression plus efficace, soit par la nécessité de ménager les relations commerciales et politiques avec des voisins de plus en plus puissants. Il faut arriver en Palestine pour voir dégager d'une

(1) Ou Ahmès II (VI[e] siècle av. J.-C.) — Maspéro, *Hist. ancienne des peuples de l'Orient*, Paris, 1875, p. 527.

(2) Hérodote, liv. II, chap. CLXXVIII ; Athénée, *Deipnosophist*, liv. IV, § 32.

(3) Trad. Giguet, citée par Thonissen, *Études*, t. I, p. 115. Le texte est le suivant : Τούτου μέν ἐστι τοῦτο τὸ τέμενος, καὶ προστάτας τοῦ ἐμπορίου αὗται αἱ πόλιές εἰσι αἱ παρέχουσαι.

(4) Larcher, t. II, p. 516, éd. de 1786. V. aussi l'*Histoire d'Hérodote*, traduction de Larcher, revue par Pessonneaux, p. 202 et suiv.

(5) Thonissen, *Études*, t. I, p. 79.

conception philosophique l'idée d'égalité, sur le terrain du droit pénal, entre les citoyens et les étrangers. Mais cette idée est exprimée, dans les termes les plus élevés, par la législation mosaïque : « Les lévites, dit Moïse, prononceront ces paroles à haute voix, et diront devant tout le peuple d'Israël : Maudit soit celui qui viole la justice dans la cause de l'étranger, de l'orphelin et de la veuve. Maudit soit celui qui reçoit des présents pour répandre le sang innocent ! Et tout le peuple répondra : Amen (1) ». — « Écoutez ceux qui viendront vers vous, citoyens ou étrangers. Vous ne mettrez aucune différence entre les personnes. Vous écouterez le petit comme le grand, et vous n'aurez aucun égard à la condition de qui que ce soit, parce que c'est le jugement de Dieu que vous exercez (2) ». — « L'étranger qui viendra demeurer parmi vous vous sera comme celui qui est né parmi vous, et vous l'aimerez comme vous-mêmes, car vous avez été étrangers au pays d'Égypte (3) » — « Vous n'aurez qu'un seul droit ; l'étranger et l'indigène seront égaux (4) ». — « Il n'y aura qu'une même loi et une même coutume pour vous et pour ceux qui sont étrangers dans le pays (5) ».

Ces préceptes ne concernent pas seulement, comme on l'a prétendu, les étrangers convertis au Mosaïsme, les prosélytes de justice. Ils s'appliquent à tous les étrangers demeurant parmi les Hébreux. Des auteurs qui ont soutenu le contraire ont attribué à tort une portée générale à des règles exceptionnelles visant quelques tribus chananéennes (6).

Mais si le génie de Moïse a su s'élever au-dessus des passions jalouses qui constituaient le patriotisme de son temps, les rabbins qui l'ont suivi ont multiplié dans la sphère du droit pénal des distinctions entre les Israëlites et les étrangers, incompatibles avec les principes fondamentaux de la législation mosaïque (7).

(1) Deutéronome, XXVII, 19, 25.

(2) Deutéronome, I, 15-17.

(3) Lévitique XIX, 33-34 ; cf. Exode, XXII, 21 ; XXIII, 9.

(4) Lévitique, XXVI, 10-22.

(5) Nombres, XV, 15 ; XXXV, 15 ; Josué, XX, 9. Il résulte de ce texte que les villes de refuge, instituées par Josué sur l'ordre de l'Éternel sont un lieu de protection pour les étrangers : « ce furent là les villes assignées à tous les enfants d'Israël, et à l'étranger qui était parmi eux, afin que quiconque aurait tué quelqu'un par ignorance s'enfuît là et ne mourût point par la main du Garant du sang, jusqu'à ce qu'il comparût devant l'assemblée ».

(6) Cf. Saalschütz, *Das Mosaïsche Recht*, p. 627 et suiv.

(7) Thonissen, *Études*, t. II, p. 95 et suiv. Les étrangers sont exclus de la magistrature (Thonissen, *Études*, t. II, p. 231).

L'histoire du peuple juif offre donc le contraste d'une législation inspirée de l'esprit le plus généreux, le plus largement humain — parce qu'elle émane d'une individualité supérieure — et de pratiques que semble avoir dictées un exclusivisme jaloux. C'est un spectacle opposé que nous allons trouver en Grèce et spécialement à Athènes. La bienveillance naturelle, pour les étrangers, de ce peuple de marins et de commerçants, dont on connaît le tempérament accommodant et sceptique, s'est trouvée limitée dans ses effets par les prescriptions sévères des lois de Dracon, de Solon et de leurs successeurs. Dracon et Solon sont au centre de l'évolution qui s'est faite de la phase inorganique de la vengeance privée et des compositions volontaires à la période classique de la répression sociale. La décadence du γένος, la substitution aux guerres privées du combat judiciaire et de la cojuration, procédures qui se déroulent devant une juridiction arbitrale, la transformation de cette juridiction en un tribunal répressif sont les étapes successives de cette évolution (1). Mais, nous le répétons, elle s'est faite lentement du VIIIe au Xe siècle ; elle est loin d'être terminée au temps de Dracon et de Solon. Dracon l'a favorisée en complétant l'œuvre de codification entreprise, avant lui, par les thesmothètes, en s'efforçant de rendre obligatoire le recours aux tribunaux de la cité, en aggravant les peines (2) ; mais il a maintenu le droit de vie et de mort du père sur ses enfants, l'exercice du droit de vengeance individuelle, notamment en cas de vol commis la nuit, et suivi, quant à la poursuite, les règles coutumières de la cojuration (3). Solon a rendu la justice criminelle plus démocratique et plus humaine en retirant au père de famille le droit de tuer ses enfants ou de les vendre, en affranchissant l'individu de toute responsabilité collective ou transmissible (4), en abolissant la servitude pour dettes (5), en supprimant la vente comme esclave du nombre des peines applicables aux citoyens (6). Il a créé les actions populaires en invitant tout citoyen à secourir le faible, victime de mauvais

(1) Thonissen, *Le droit pénal de la République athénienne*, Bruxelles, Paris, 1875, p. 57 et suiv. et surtout Glotz, *op. cit.*, p. 298 et suiv.

(2) Loi de Dracon sur le meurtre. Dareste, Haussoullier, Reinach, *Recueil des inscriptions juridiques grecques*, 2e série, p. 3 et suiv.

(3) Thonissen, *République athénienne*, *loc. cit.*; Glotz, *op. cit.*, p. 299.

(4) Croiset, *Histoire de la Littérature grecque*, 3e éd., t. II, 1914, p. 125 et suiv.

(5) Aristote, *Constitution des Athéniens*, 1re partie, chap. VI.

(6) Meier, Schömann et Lipsius, *Der Attische Process*, Berlin, 1887, t. II, p. 958.

traitements ὑπερ τοῦ κακῶς πεπονθότος, par l'exercice d'une action en justice. De son œuvre procède le développement des γραφαί (actions publiques) qui succèdent aux δίκαι (actions privées). Mais les γραφαί sont limitées en nombre, et ne s'étendent pas à toutes les infractions. Il n'y a pas de γραφὴ φόνου. Longtemps après Solon, le plus grave des crimes, l'homicide, est demeuré susceptible d'une poursuite privée seulement; et le privilège de la famille, en matière d'accusation, est parvenu intact jusqu'au temps des orateurs (1). Et surtout, ce qu'il est essentiel de constater, au point de vue qui nous occupe, c'est que le bénéfice de l'évolution sociale et législative dont on vient de rappeler les grandes lignes ne s'est pas étendu aux étrangers, comme aux citoyens. A l'époque classique, aux v[e] et vi[e] siècles nous retrouvons, en ce qui les concerne, tant au point de vue des pénalités que de la procédure, les vestiges d'un état de droit moins avancé.

L'infériorité des étrangers se manifeste d'abord par l'établissement d'incriminations spéciales et, pour les délits prévus, de pénalités plus rigoureuses. La catégorie d'étrangers la plus importante à considérer est celle des *métèques* (μέτοικοι) (2). Les métèques sont des étrangers qui, ayant fixé définitivement leur domicile à Athènes, y sont demeurés un certain temps et supportent certaines charges d'ordre financier et militaire. Ils sont représentés par un patron, nommé *prostate* (3), dont les fonctions n'apparaissent pas très nettement, tandis que les étrangers ordinaires sont défendus par le *proxène* de leur cité (4). Les intérêts des métèques athéniens sont défendus au dehors, comme ceux des citoyens, par les proxènes d'Athènes (5). Lorsqu'ils ont bien mérité de la cité, ils peuvent être gratifiés du privilège de proxénie; très rarement, ils obtiennent le droit de cité (6). Les incriminations spéciales aux étrangers sont les suivantes :

(1) Glotz, *op. cit.*, p. 370 et suiv.; Dareste, *La science du droit en Grèce*, Paris, 1893, p. 88 et suiv. La répression du meurtre est assurée indirectement parce que la poursuite du meurtrier est pour les parents désignés par la loi une obligation étroite; s'ils ne remplissent pas ce devoir, le premier venu peut les citer en justice, les faire condamner à cinq ans d'exil et se faire subroger à la poursuite.

(2) *Dictionnaire des antiquités* v° Μέτοικοι (M. Clerc).

(3) Ludovic Beauchet, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, t. II, Paris, 1897, p. 413.

(4) Tissot, *Les Proxénies grecques*.

(5) *Dictionnaire des Antiquités* v° Μέτοικοι.

(6) *Dictionnaire des Antiquités, loc. cit.*

1° Le fait, par un étranger, de s'être fait inscrire indûment sur les registres civiques (1).

En temps ordinaire, bien des gens se procuraient par corruption une inscription frauduleuse (2). En 445, une enquête enleva le droit de cité à 4760 intrus (3). Au moment de la revision des listes, διαψήφισις, les παρέγγραπτοι étaient rayés. S'ils adhéraient à la sentence, ils étaient rangés dans la catégorie des métèques. Mais ils avaient la faculté de recourir aux tribunaux contre la décision des démotes (4).

L'étranger convaincu finalement, par la γραφὴ ξενίας, d'avoir usurpé le droit de cité, était condamné à être vendu comme esclave, peine abolie, depuis Solon, à l'égard des citoyens (5), et ses biens étaient confisqués au profit de l'État (6). La γραφὴ δωροξενίας, intentée contre l'étranger qui avait réussi à se faire acquitter, en corrompant les témoins ou les juges, devait, sauf appréciation des circonstances, conduire à l'application de la même peine (7).

2° Le fait, par un métèque, de s'être soustrait aux obligations inhérentes à sa qualité, en s'abstenant de payer la taxe de séjour (μετοίκιον), ou de se choisir un prostate (γραφὴ ἀπροστασίου) (8). L'inexécution, par le métèque, de ces obligations, d'autant plus importantes qu'elles constituent la reconnaissance de sa condition spéciale, était également sanctionnée par la servitude pénale; toutefois la γραφὴ ἀπροστασίου ne paraît avoir entraîné que la confiscation des biens (9).

Le métèque qui n'acquittait pas sa taxe de 12 drachmes par an

(1) Glotz, *op. cit.*, p. 364.

(2) Aristophane, *Oiseaux*, 764-765; *Lysias c. Agoratos*, 75; Eschine, *Sur la fausse Ambassade*, 76; Haussoullier, *La vie municipale en Attique*, p. 33-34; Meier-Schömann-Lipsius, t. I, p. 439 et suiv.

(3) Haussoullier, *op. cit.*, p. 35-36.

(4) *Démosthène c. Timocrate*, 131; Thonissen, *République athénienne*, p. 339.

(5) Glotz, *op. cit.*, p. 364; Guiraud, *La main-d'œuvre indigène dans l'ancienne Grèce*, p. 101-102.

(6) *Lysias c. Agoratos*, 76; *Démosthène c. Bœotos*, I, 5; II, 41. *Lettres de Démosthène*, III, 7.

(7) *Eschine c. Timarque*, 114.

(8) *Démosthène c. Aristogiton*, I, 57; Meier-Schömann-Lipsius, t. I, p. 390; Clerc, *Les Métèques athéniens*, p. 17, 272, 273.

(9) Thonissen, *République athénienne*, p. 348. Les biens du métèque étaient confisqués, et leur prix versé au trésor public par des polètes. *Dictionnaire des Antiquités*, v° Ἀπροστασίου γραφή.

était conduit au marché des étrangers (πωλητήριον τοῦ μετοικίου), et vendu comme esclave (1).

3° Le fait, par un étranger, d'épouser, en cachant sa qualité, une Athénienne — ou le fait par un Athénien d'épouser sciemment une étrangère (2).

Le premier acte a pour conséquence d'imposer à la cité de Minerve des enfants qui, d'après la loi nationale, ne possèdent pas l'indigénat. Le second, si l'Athénien parvient à certaines dignités, peut amener l'intervention obligée de sa femme dans les cérémonies religieuses, qui constituerait un sacrilège (3). Mais le délit n'existe pas si l'étranger qui a demandé la main d'une Athénienne n'a pas caché son origine, ou s'il se croyait, de bonne foi, en possession du droit de cité (4). Il n'existe pas davantage, si l'étranger ou l'étrangère appartient à une ville à laquelle le *jus connubii* avec Athènes a été reconnu par un décret, ou par un traité. Ce fut le cas pour les habitants de Thèbes et de l'Eubée, en récompense du dévouement dont ils avaient fait preuve envers Athènes (5).

Au lieu que l'Athénien qui épouse une étrangère encourt simplement une amende de 1000 drachmes, l'étranger qui épouse frauduleusement une Athénienne est vendu, lui et ses biens, et le tiers du prix est attribué à l'accusateur (6).

On a quelquefois ajouté le cas où des citoyens auraient fait adopter par un Athénien, ou attribué frauduleusement à celui-ci des enfants d'étranger ou d'esclave. On agissait contre ces enfants par la γραφὴ ὑποβολῆς. Au dire de l'auteur des λέξεις ῥητορικαί, ils auraient été vendus au profit du trésor public. Il ne faut voir, très probablement, dans cette allégation, qu'un produit de l'imagination des lexicographes (7).

(1) *Démosthène* c. *Aristogiton*, I, 57; Thonissen, *République athénienne*, p. 347; Meier-Schönmann-Lipsius, *loc. cit.*, p. 390, établit que le métèque qui s'abstient de payer la taxe de séjour ou usurpe les droits du citoyen est l'objet de la γραφὴ ξενίας, et peut être poursuivi par ἀπαγωγή.

(2) Thonissen, *République athénienne*, p. 343.

(3) Voir le plaidoyer de Démosthène contre Neæra.

(4) *Démosthène* c. *Timocrate*, 202-203; l'orateur reproche à ce dernier d'avoir vendu sa sœur, au lieu de l'avoir établie en pays étranger, en lui fournissant une dot. Le mariage d'une Athénienne avec un étranger n'était donc pas absolument prohibé. Le délit n'existait que si l'étranger avait caché son origine τέχνῃ καὶ μηχανῇ. — Cf. Démosthène *Aristogiton*, I, 55, *Dictionnaire des Antiquités* v° Μέτοικοι.

(5) Démosthène, *Sur la Couronne*, 187; Lysias, *Sur la République*, 3; Thucydide, III, 55-63.

(6) Thonissen, *République athénienne*, p. 120, 343.

(7) Lexic-Seguer, p. 311 : ὑποβολῆς γραφὴ τί ἐστιν : εἶδος ἐγκλήματος, εἴ τις

Les incriminations, les pénalités qui ont été exposées jusqu'ici concernent exclusivement les étrangers. Certains délits attentatoires aux intérêts de la cité, trahison, tyrannie, conspiration oligarchique, peuvent être aussi bien l'œuvre de citoyens que d'étrangers, et sont punissables dans les deux cas. Mais il est un caractère de rigueur injuste que la répression a perdu, au cours des temps, à l'égard des citoyens, et qu'elle paraît avoir toujours conservé vis-à-vis des étrangers : c'est son caractère *collectif*.

La solidarité familiale, rompue par Solon à l'égard des infractions de droit commun, s'est maintenue après lui pour les délits politiques. Le traître, qui rompt le pacte social, se met hors la loi, lui, sa famille et ses biens. La cité lance une déclaration d'atimie contre sa personne et toute sa race (1). Cette proscription a les effets les plus odieux, en Macédoine, à Thèbes, où, un jour de folie sanglante, tous les partisans de Lacédémone sont égorgés avec leurs familles... (2). Chez les Athéniens au contraire, un besoin de justice distributive atténue, et finit par effacer le caractère collectif de la proscription : d'abord par l'exception admise au profit des parents du traître qui présentent un certificat de civisme (3); puis par la présomption d'innocence établie en leur faveur (4); enfin par la substitution à l'atimie de *l'ostracisme*, dont les effets sont moins rigoureux (5). Au cours du v[e] siècle, un nouveau pas est franchi. Seuls, les descendants légitimes ou naturels du traître sont frappés et privés seulement de leurs droits civiques (6).

Or, le bénéfice de cette évolution, étrangère d'ailleurs aux autres cités de la Grèce, est réservé aux citoyens d'Athènes. Si le traître appartient à une cité alliée, toute sa famille sera impli-

ἐγκαλοίη τινὶ ὡς ὑποβολιμαῖος εἴη, ἐγράφετο ὑποβολῆς καὶ ἁλόντα αὐτὸν ἔδει πεπρᾶσθαι — cité par Beauchet, *République Athénienne*, t. II, p. 418. Cf. Bekker, *Anecdota græca*, t. I, p. 311 ; Thonissen, *République athénienne*, p. 343.

(1) Glotz, *op, cit.*, p. 453.

(2) Xénophon, *Hell*, V, 4, 12. Cf. Glotz, *op. cit.*, p. 456.

(3) Glotz, *op. cit.*, p. 462 et suiv.

(4) A Athènes, dès 411-410, on cesse de voir la peine capitale prononcée contre les enfants des traitres.

(5) Glotz, *op. cit.*, p. 480. L'ostracisme est donc un νόμος ἐπὶ γένει. C'est une mesure de salut public. Tous ceux qui tiennent, de près ou de loin, au tyran, sont soumis à une surveillance assidue comme s'ils étaient frappés d'une atimie spéciale.

(6) Glotz, *op. cit.*, p. 493. Si dans l'Athènes du IV[e] siècle, l'atimie se transmet encore de père en fils, ce n'est que sous sa forme dernière, dans sa condition la plus adoucie.

quée dans la condamnation capitale qui le frappe. Quand Thémistocle est exilé, c'est de la façon la plus bénigne, c'est comme à regret que l'on applique à ses enfants quelques-uns des effets de la solidarité passive (1). Assez longtemps après, vers 457, Arthmios de Zeleia accusé d'avoir semé l'or des Mèdes dans le Péloponèse est décrété d'atimie par contumace, et banni à perpétuité sous peine de mort du territoire fédéral, avec toute sa famille (2). Ainsi, Athènes proscrit toujours la famille du proscrit, lorsqu'il n'est pas citoyen.

Il serait surprenant que le régime de défaveur infligé aux étrangers ne s'étendît pas aux infractions dont ils étaient, non plus les auteurs, mais les victimes. Il semble cependant que la peine du *meurtre* était égale, que la victime fût un citoyen ou un étranger, comme elle l'était aussi, que la victime fût un homme libre ou un esclave (3). Cette égalité, exceptionnelle, peut s'expliquer, comme en Égypte, par le désir d'affirmer, de la façon la plus frappante, la valeur supérieure de la vie humaine; elle s'explique surtout, à notre sens, par le caractère spécial du meurtre qui est toujours resté, comme on l'a vu, un délit privé. Car, pour d'autres infractions de droit commun, qui sont l'objet d'une poursuite publique, l'inégalité de la répression, suivant l'origine de la victime, est établie par des témoignages certains.

Ainsi, la pédérastie salariée cesse d'être punie, quand elle est pratiquée sur la personne d'un étranger. Eschine s'exprime, à cet égard, de manière à lever tous les doutes : « Que ceux, dit-il, qui recherchent les jeunes garçons s'adressent à des étrangers, afin de se satisfaire sans nuire à la patrie » (4).

Ce régime « odieux », on le trouvera, plus marqué encore, sur

(1) Glotz, *op. cit.*, p. 488 et suiv.

(2) Le peuple fit graver sur le stèle d'atimie : Ἄρθμιος Πυθώνακτος Ζελείτης ἄτιμος ἔστω καὶ πολέμιος τοῦ δήμου τοῦ Ἀθηναίων καὶ τῶν συμμάχων, αὐτὸς καὶ γένο (*Démosthène Philipp. III*, 42). Curion fut l'auteur de cette formule de proscription (vers 457). — « Si Arthmios et les siens avaient attendu le jugement des Athéniens, ils auraient été condamnés à mort. Ils n'attendirent pas, et, par contumace, furent décrétés d'atimie, c'est-à-dire bannis à perpétuité du territoire fédéral sous peine de mort » (Glotz, *op. cit.*, p. 490 et suiv.).

(3) Démosthène, *c. Aristocrate*, 28, 51 ; Platon, *Lois*, 872 ; Eschine *c. Timarque*, 17 ; Thonissen, *République athénienne*, p. 243 ; *contrà* : Heffter, *Die Athenaïsche Gerichtsverfassung*, p. 135. La même egalité existe pour l'homicide par imprudence : Dareste, *La science du droit*, p. 91.

(4) Eschine *c. Timarque*, 195 ; cf. Thonissen, *République athénienne*, p. 333 et suiv.

le terrain de la procédure criminelle. Et d'abord, il existe, pour les étrangers, une compétence spéciale. Au lieu que les citoyens accusés de crimes sont traduits devant la juridiction supérieure de l'Aréopage (1), ou devant celle des Ephètes (2), les étrangers de divers ordres, qu'ils soient alliés ou métèques, sont déférés, comme les esclaves, comme les ἄτιμοι, comme les malfaiteurs de bas étage ou κακοῦργοι, au tribunal populaire des Héliastes, qui jugent dans un endroit clos, sans la garantie des serments solennels déférés à l'accusateur et aux témoins (3). Ces affaires sont instruites par le *Polémarque* (4). Les *thesmothètes* connaissent des accusations relatives à l'usurpation du titre de citoyen (γραφὴ ξενίας) à la corruption (γραφὴ δωροξενίας). Ces accusations sont portées devant le tribunal des Héliastes (5). — Les crimes commis, même par des citoyens, *contre* des esclaves, des étrangers libres ou des métèques, échappent aussi à la juridiction de l'Aréopage. Les auteurs de ces crimes sont justiciables du Palladion, tribunal qui ne prononce pas la peine de mort : si bien qu'en définitive, l'égalité de protection du citoyen et de l'étranger, en ce qui touche l'homicide, est plus théorique qu'effective (6).

La procédure criminelle d'Athènes, à l'époque classique, est pénétrée du respect de la liberté individuelle et du droit de défense. Les justiciables de l'Aréopage et du Palladion, restés maîtres de leurs mouvements jusqu'à l'exécution de la sentence, peuvent éviter l'application de la peine capitale en prenant le chemin de

(1) « *Le Conseil de l'Areopage connaîtra du meurtre, des blessures faites à dessein de tuer, de l'incendie, de l'empoisonnement* », texte de loi cité par Démosthène, dans son plaidoyer contre Aristocrate.

(2) Meier-Schönmann-Lipsius, t. I, p. 16 et suiv., p. 172 et suiv.

(3) *Dict. des Antiquités* vº Μέτοικοι; Guiraud, *De la condition des alliés pendant la première confédération athénienne*, dans les *Annales de la Faculté des Lettres de Bordeaux*, 1883, p. 201 : Glotz, *op. cit.*, p. 429 et suiv.; Meier-Schönmann-Lipsius, *op. cit.*, I, p. 151.

(4) Sur la compétence du polémarque, rapprochée de celle du préteur pérégrin à Rome, Meier-Schönmann-Lipsius, t. I, p. 64 et suiv.

(5) Meier-Schönmann-Lipsius, *op. cit.*, t. I, p. 73, 176. Dans un système (Baucke, *De thesmothetis Atheniensium*, Breslau, 1844), les thesmothètes connaîtraient en outre de tous les litiges où l'intérêt de l'État est en jeu. Rentrent, en tout cas, dans leur compétence les γραφαὶ προδοσίας ou καταλύσεως τοῦ δήμου, ἀπατήσεως τοῦ δήμου, παρανόμων (Meier-Schönmann-Lipsius, *op. cit.*, t. I, p. 419 et suiv. Ils seraient comparables aux *duumviri perduellionis* romain.

(6) Aristote, *Constitution des Athéniens*, 2e part. chap. 57; Démosthène, *c. Aristocrates*, 89; Clerc, *Les Métèques athéniens*, p. 99-100. 108; Glotz, *op. cit.*, p. 430 et suiv.

l'exil (1). Or, par dérogation à cette règle, il existe une procédure spéciale, l'ἀπαγωγή, dont le but est de traîner devant les tribunaux les coupables qui fuiraient trop aisément (2). Cette procédure est-elle applicable aux étrangers? La question a fait l'objet de controverses.

L'ἀπαγωγή vise certainement les ἄτιμοι, c'est-à-dire les individus qui se sont rendus coupables d'une infraction particulièrement grave : trahison (προδοσία), meurtre (φόνος), vol (κλοπή), corruption active ou passive de fonctionnaires, fraude consistant dans le fait de donner en mariage à un Athénien une étrangère que l'on fait passer pour citoyenne, etc. (3). L'atimie résulte du crime lui-même, avant toute condamnation. Ainsi le meurtrier, qui ne peut être l'objet d'aucune poursuite publique, est ἄτιμος; surpris dans un des lieux d'où il est exclu par une interdiction légale, il est mis aux fers par les Onze, à moins de fournir caution, et déféré aux Héliastes (4).

(1) Glotz, *op. cit.*, p. 430 et suiv. — Dans son plaidoyer contre Aristocrate, Démosthène insiste sur l'idée que le meurtrier fugitif est privé par son exil de tous les biens dont jouissait sa victime : de sa patrie, de la participation aux droits civils, politiques, religieux, aux jeux publics qui appellent la Grèce entière. D'où la loi suivante : *Celui qui tuera un meurtrier, où causera sa mort, hors du marché de la frontière, des jeux publics et des sacrifices des Amphitryons, encovrra les mêmes peines que s'il avait tué un Athénien* (Loi de Dracon sur le meurtre, § 6). Cf. Dareste, Haussoullier, Reinach, *op. cit.*, p. 3).

(2) *Dictionn. des Antiquités*, v° Ἀπαγωγή; Glotz, *op. cit.*, p. 425; Huvelin, *Études sur le « furtum »*, t. I, 1915, p. 145 et suiv.

(3) *Dictionnaire des Antiquités* v° Ἀτιμία.

(4) Démosthène *c. Aristocrate*, 80 : « Si l'on voit le meurtrier paraître dans les sanctuaires ou sur l'agora, on peut le traîner en prison (ἀπάγειν); s'il est déclaré coupable il sera puni de mort; mais si l'accusateur (ὁ ἀπαγαγών) n'obtient pas le cinquième des suffrages, il paiera l'amende de 1.000 drachmes ». Cf. Glotz, *op. cit.*, p. 426 et suiv. — Il est d'ailleurs précisé par les lois que l'inculpé ne doit pas être l'objet de mauvais traitements : *On peut punir de mort le meurtrier saisi sur notre territoire, comme il est marqué dans les tables de Solon. Mais il est défendu de le maltraiter, de le rançonner, sous peine d'être passible du double. Les archontes recevront la plainte de tout citoyen, pour chaque grief de leur compétence. Les héliastes en connaîtront* (Loi citée par Démosthène *c. Aristocrate*). — Il est précisé encore que l'arrestation ne peut avoir lieu hors du territoire d'Athènes : *Celui qui, hors de l'Attique, poursuivra, saisira, emmènera un meurtrier fugitif, dont les biens n'auraient pas été confisqués, sera puni comme s'il eût maltraité un citoyen sur notre territoire* (Démosthène, *loc. cit.*). Aussi Démosthène reproche-t-il vivement à Aristocrate d'avoir porté le décret suivant, qu'il juge contraire aux lois : *Si quelqu'un tue Charidème, le meurtrier pourra être saisi chez les alliés et amené aussitôt.*

L'ἀπαγωγή vise également les κακοῦργοι, par où il faut entendre les malfaiteurs dangereux : voleurs qui assassinent leurs victimes, voleurs avec effraction, spoliateurs de temples, falsificateurs de poids et mesures, etc. (1). On a affirmé à tort l'existence d'une ἀπαγωγὴ φόνου qui serait une action publique intentée contre tout meurtrier. En réalité, l'ἀπαγωγὴ n'est possible contre le meurtrier que s'il est aussi un κακοῦργος, et si le meurtre apparaît comme une circonstance aggravante de la κακουργία. Alors seulement il y a poursuite d'office et exception à la règle des φονικὰ νόμα qui réserve aux συγγενεῖς la poursuite du meurtrier. Le κακοῦργος *surpris en flagrant délit* (ἐπ' αὐτοφώρῳ) est appréhendé au corps et amené devant les Onze (2). S'il avoue, il est exécuté séance tenante ; s'il nie, il comparaît devant le tribunal qui le fait remettre en liberté ou le condamne à mort (3).

Mais l'ἀπαγωγή vise-t-elle enfin les étrangers qui ne sont ni des ἄτιμοι, ni des κακοῦργοι ? La solution affirmative résulte des débats dans deux affaires d'ἀπαγωγή qui furent plaidées, l'une par Antiphon pour le Mytilénien Euxithéos, l'autre par Lysias contre le sycophante Agoratos, d'origine servile. L'emploi à leur égard de l'ἀπαγωγή, aussi bien que la compétence des Héliastes, ne s'expliquent que par l'origine des inculpés.

Euxithéos (4) se plaint d'être arrêté et traduit devant les Héliastes, alors qu'il n'est pas un κακοῦργος, et son allégation sur ce point semble confirmée par tous les faits de la cause : seule son extranéité — il s'agit d'un étranger *allié* — peut donc justifier l'emploi de l'ἀπαγωγή et la compétence des Héliastes. — De même, Agoratos (5) n'est ni un ἄτιμος ni un κακοῦργος : c'est un esclave accusé de meurtre, et c'est contre un esclave que porte tout l'effort de l'accusation. Si les Onze ont exigé, pour accepter l'acte d'ἀπαγωγή, que la formule désignant les faits criminels contînt les mots ἐπ' αὐτοφώρῳ, c'est, pense M. Glotz (6), parce que l'inculpé prétendait avoir obtenu l'affranchissement, et que les Onze n'ont pas voulu prendre sur eux de décider la question.

(1) Pour la définition de la κακουργία, v. Meier-Schönmann-Lipsius, t. I, p. 87, et p. 275 ; Huvelin, *op. cit.* p. 147.

(2) Sur cette condition du flagrant délit, v. Meier-Schönmann-Lipsius, *op. cit.*, n°s 232 et suiv., p. 278 et suiv. Ces auteurs concluent de ce qui précède que l'ἀπαγωγὴ φόνου, en tant qu'action populaire, peut-être employée contre le meurtrier dans deux cas distincts : 1° lorsque, étant ἄτιμος, il a pénétré dans un lieu qui lui est interdit, et où il est arrêté ; 2° lorsque, étant en outre κακοῦργος, il a été surpris ἐπ' αὐτοφώρῳ.

(3) Aristote, *Constitution des Athéniens*, 52.

(4) Discours d'Antiphon *sur le meurtre d'Hérodès*.

(5) Discours de Lysias *contre Agoratos*.

(6) Glotz, *op. cit.*, p. 429.

Ainsi l'ἀπαγωγή, vis-à-vis de l'étranger coupable, a pour effet de le contraindre à comparaître, et de lui imposer, s'il ne fournit caution, la détention préventive (1). Si pour les citoyens, l'exil qui permet d'éviter la peine, est un châtiment, était-il admissible que l'étranger, et à plus forte raison l'esclave, pût se soustraire à toute sanction en regagnant tranquillement sa patrie? De là les rigueurs particulières de la procédure, et de là aussi — toutes les fois, peut-être, qu'il ne s'agit pas d'un homicide (2) — l'initiative de la poursuite permise aux Onze, qui sont une première forme du ministère public (3).

Les γραφαί, dont le développement ne s'est pas arrêté depuis Solon, sont, on s'en souvient, des actions populaires, qui peuvent être intentées, dans l'intérêt général, par tout citoyen (4). Ce droit appartient également aux étrangers d'une catégorie privilégiée, les ἰσοτελεῖς. Il est refusé aux étrangers ordinaires et aux métèques (5). Ceux-ci, lorsqu'ils ont subi, du fait d'un délit, un préjudice personnel, peuvent mettre en mouvement l'action privée, la δίκη (6). Mais le domaine des actions publiques, des γραφαί, leur est resté fermé (7). A cet égard, le droit grec de l'époque classique s'est montré moins hospitalier que l'ancien droit égyptien.

(1) Meier-Schönmann-Lipsius, *op. cit.*, t. I, p. 273.

(2) Le vieux principe des φονικοὶ νόμοι qui réservait aux parents de la victime le monopole des poursuites en fait d'homicide resta toujours intact sous les réserves indiquées précédemment, chez les Athéniens. Il n'est pas certain qu'il lui fût apporté d'exception à l'égard des étrangers. L'ἀπαγωγὴ φόνου dirigée contre Euxithéos et Agoratos semble avoir été intentée par des συγγενεῖς. C'est une procédure *privée*. Cf. Glotz, *op. cit.*, p. 434 et suiv.

(3) Perrot Georges, *Essai sur le droit public d'Athènes* (Paris 1869), p. 274; Glotz, *op. cit.*, p. 434; *Dictionnaire des Antiquités* v° Ἀπαγωγή; Thonissen, *République athénienne*, p. 83 et suiv.; Meier-Schönmann-Lipsius, *op. cit.*, t. I, p. 81.

(4) *Dictionnaire des Antiquités* v° ξενίας γραφή

(5) *Dictionnaire des Antiquités* v° Δίκη.

(6) Ils peuvent faire des « dénonciations de torts personnels ». Démosthène c. *Neera*, p. 64 et suiv. (Thonissen, *République athénienne*, t. I, p. 83). V. aussi la plainte de Dinarque contre Proxène, conservée par Denys d'Halicarnasse (*Orat. attici*, l. II, p. 463, éd. Didot.

(7) Les étrangers ne peuvent intenter aucune γραφή ayant pour objet de sanctionner un dommage directement causé à l'État : leur sont interdites, par exemple, les γραφαὶ παραπρεσβείας, παρανόμων, ξενίας, δωροξενίας, etc. C'est ce qu'expriment les termes consacrés de la loi : γραφέσθω Ἀθηναίων ὁ βουλόμενος — Quand un délit qui leur a causé directement un préjudice personnel donne lieu, à la fois, à l'exercice d'une action publique et d'une action privée, la faculté, pour eux, d'exercer l'action publique, est quelquefois soutenue. V. Meier-Schömann-Lipsius, *op. cit.*, t. I, p. 202, t. II, p. 753.

Ainsi, la législation criminelle athénienne vis-à-vis des étrangers est certainement dominée par un sentiment de jalousie, jalousie qu'explique, dans une certaine mesure, la nécessité de mettre un frein aux excès redoutables de l'immigration. Si, comme on l'a remarqué, certains traits du régime pénal des étrangers — tels que le caractère collectif des peines — s'expliquent par un retard, en ce qui les concerne, dans l'évolution générale du droit pénal, d'autres particularités « odieuses » datent de la période classique, et reposent sur des motifs politiques. C'est le cas, notamment, des règles spéciales de compétence, de la procédure d'ἀπαγωγή. C'est le cas de l'esclavage pénal lui-même qui, à l'égard des étrangers, semble avoir été introduit tardivement, en un temps où il semblait nécessaire de défendre la République contre les excès de l'immigration (1). Mais on se ferait, croyons nous, une idée tout à fait inexacte de la condition réelle des étrangers à Athènes, si l'on voulait en juger, uniquement, d'après les textes législatifs et les institutions officielles. Il faut mettre en ligne de compte le cosmopolitisme de ce peuple de commerçants et de marins, ses mœurs raffinées, sa souplesse naturelle dans l'adaptation des principes et des textes aux situations de fait. Il n'était pas indifférent, au point de vue des étrangers, que les peines fussent beaucoup moins cruelles à Athènes qu'elles ne l'étaient chez les peuples anciens de l'Orient. La mort était donnée par le poison, ou la lapidation pour les actes attentatoires à l'honneur et à la sûreté de la patrie — le gibet, la corde et le bâton étant réservés aux malfaiteurs de bas étage (2). Il ne semble pas qu'il y eût, quant à la nature du supplice, de différence entre les Athéniens et les etrangers, puisque le nom du citoyen condamné à mort était préalablement rayé de la liste des habitants de son dème, afin que la honte du supplice ne retombât pas sur un Athénien (3).

Des ennemis du peuple athénien furent parfois précipités du haut des rochers ou lancés vivants dans des précipices. Tel fut notamment le sort du Spartiate Aristée et de ses compagnons d'Ambassade (4). Mais il ne s'ensuit pas que cette mort affreuse fît partie d'un système de répression régulièrement appliqué à Athènes.

(1) Philippi, *Beiträge...*, p. 62 et suiv.
(2) Thonissen, *République athénienne*, p. 90.
(3) Dion Chrysostome, *Oratio rhodiaca*, 611. Cf. Thonissen, *République athénienne*, p. 90.
(4) Thucydide, II, 67.

Sans doute, la répression était dure, contre les étrangers qui avaient usurpé la qualité de citoyen. Mais la fréquence des fautes commises dans cet ordre d'idées et la rareté des poursuites, également attestées par les sources (1), sont la marque d'une application très bienveillante, sinon très négligente, de la loi. En particulier, il arrivait souvent qu'au lieu d'intenter contre l'auteur de la fraude la γραφὴ ξενίας qui entraînait la servitude pénale, on se contentât de la γραφὴ ἀπροστασίου, qui avait pour conséquence une simple confiscation (2).

Il est permis de conclure que si le peuple juif a eu l'honneur de donner au principe de l'égalité des hommes devant la justice criminelle son expression première et définitive, c'est au peuple athénien que revient le mérite d'avoir rendu, en fait, humain et tolérable le régime pénal des étrangers (3).

SECTION III

Les délits commis à l'étranger dans le droit pénal des sociétés antiques.

SOMMAIRE. — Rareté des poursuites pour infractions commises à l'étranger. — La protection des intérêts de la cité ou de ses membres contre des infractions commises à l'étranger : ἀνδροληψία. — Les accords entre les cités, et leurs dispositions concernant la compétence pénale. — Compétence de l'État à l'égard des infractions commises par des sujets à l'étranger : premiers traités d'extradition; le droit d'asile. — La compétence personnelle dans les rapports entre les villes grecques. — L'application du droit pénal étranger. — L'exécution forcée des sentences pénales étrangères.

Dans l'antiquité, la question de la répression des crimes commis à l'étranger n'a pu présenter qu'un intérêt bien faible. Les faits

(1) Sur la fréquence des fraudes, en matière d'inscription sur les listes de citoyens, v. Aristophane, *Oiseaux*, 764-765; Démosthène c. *Euboulide*, 59; Lysias c. *Agoratos*, 73; sur la rareté des poursuites : *Plaidoyers civils de Démosthène*, II, p. 84.

(2) Meier Schönmann et Lipsius, *Attische Process*, t. I, nos 315-318, p. 387 et suiv. *Dictionnaire des Antiquités* vo Ἀπροστασίου γραφή. Il suffit de lire le plaidoyer de Démosthène c. Neera pour comprendre avec quelle mollesse la répression des mariages entre Athéniens et étrangers était exercée.

(3) On peut se faire une idée de la bienveillance relative des Athéniens éclairés envers les étrangers, en lisant les ouvrages de Platon. Il propose que la peine du vol commis au préjudice de l'État (κλοπὴ δημοσίων) soit moins sévère

commis en dehors du territoire étaient ignorés le plus souvent, et la difficulté des communications devait rendre assez rare la fuite du criminel d'un pays dans un autre. Dans les cas exceptionnels où, grâce à l'obstination de la victime, la difficulté a pu naître, nous n'avons pas la preuve que les tribunaux aient déclaré leur incompétence en alléguant le *locus delicti*, non plus que l'extranéité des parties. Au contraire, si l'on devait accepter comme historique le récit, par Hérodote, du bannissement d'Alexandre (voir plus haut, p. 17) il en résulterait que les Égyptiens se seraient occupés même d'infractions commises en pays étranger par des étrangers (1).

En Grèce, où la circulation entre les cités, à l'époque classique, est devenue fréquente, le problème s'est posé, avec une acuité très grande, sur le terrain de la lésion, à l'étranger, du droit d'un citoyen, ou de la cité elle-même. Lorsqu'un citoyen d'Athènes est mort, à l'étranger, de mort injuste et violente, une procédure est organisée pour tirer vengeance du meurtrier ou de la cité étrangère sur le territoire de laquelle le crime a été commis. C'est l'ἀνδροληψία, institution ancienne (2) : elle procède, comme on va le voir, de la vengeance privée, et de l'idée religieuse que si le meurtre n'est pas expié, la victime poursuivra de ses imprécations les parents impies. Mais sa vie a été longue, puisque Démosthène, dont les plaidoyers nous la font connaître, estime encore que la loi sur l'ἀνδροληψία est une des plus belles et des plus justes de la République athénienne (3).

Le recours à l'ἀνδροληψία suppose qu'un crime a été commis en *pays étranger* (4). Si, en effet, ce crime a eu lieu sur le territoire athénien, l'exil du meurtrier a constitué pour lui une punition suffisante, s'il s'agissait d'un national; et, s'il était lui-même

pour l'étranger que pour le citoyen (*Lois*, XII, 1). Il impose l'hospitalité, et des égards de toutes sortes vis-à-vis des étrangers commerçants venus pour les fêtes ou envoyés d'États étrangers. Il ordonne l'institution, pour les commerçants, de juges spéciaux, les ξενοδίκαι, chargés de veiller sur eux et de juger leurs procès (*Lois*, XII, 7). Cf. Dareste, *La science du droit*, p. 139, 148. — Sur le caractère hospitalier des Athéniens, v. aussi Egger, *Études sur les traités publics*, p. 134.

(1) Thonissen, *Études*, t. I, p. 171.

(2) Demosthène c. *Aristocrate*, §§ 82, 83, 85, R. 647, 648. *Dictionnaire des Antiquités* v° Ἀνδροληψία; Glotz, *op. cit.*, p. 220 et suiv.

(3) Demosthène c. *Aristocrate*, *loc. cit.*; *Dictionnaire des Antiquités* v° Ἀνδροληψία, *in fine* (Caillemer).

(4) En ce sens, Meier-Schoemann-Lipsius, *op. cit.*, t. I, p. 346.

étranger, l'emploi de l'ἀπαγωγή a dû permettre de s'assurer de sa personne. Quant à l'État étranger sur le territoire duquel le fait s'est produit, il est possible qu'il fût uni à la République d'Athènes par une convention diplomatique prévoyant le cas : elle recevra alors application (1). C'est en l'absence d'une convention de ce genre, ou dans l'hypothèse où l'État étranger refuserait de faire honneur à ses engagements qu'il sera fait appel au droit commun de l'ἀνδροληψία (2). — Celle-ci suppose que la victime du délit était *athénienne*; était elle admise également quand la victime était un isotèle, ou un métèque? On a quelquefois admis l'affirmative (3), en partant de l'idée que la protection de la République athénienne, celle notamment qui résulte de l'intervention des proxènes, paraît s'étendre à ses métèques, se trouvant à l'étranger (4). L'absence de dispositions précises, dans les textes, oblige à plus de réserve. — Enfin, la nationalité du meurtrier est indifférente. Dans tous les cas, l'État étranger est tenu de faire expier le crime qui a été commis sur son territoire.

Comment sa responsabilité sera-t-elle mise en jeu? La République athénienne exigera que le meurtrier soit l'objet de poursuites devant les tribunaux de l'État étranger. A défaut des poursuites, elle demandera l'extradition (προσέταξεν ἐκδοῦναι) (5). Et c'est seulement dans le cas où ni l'une ni l'autre de ces deux satisfactions ne pourrait être obtenue, que, revenant au droit ancien de la vengeance privée, la loi athénienne autorise l'emploi, contre l'État étranger responsable du délit, de représailles. Les parents de la victime peuvent s'emparer de trois citoyens appartenant à cet État (6). Sans doute, à l'origine, ils devaient satisfaire sur eux, sans limitation, leur besoin de vengeance, ou les garder comme otages (7); plus tard, les voies de fait furent remplacées par l'exer-

(1) Weber, *Oratio in Aristocratem*, Iena, 1845.

(2) Meier, *Opusc. acad.*, II, 1863, p. 189; Glotz, *op. cit.*, p. 220 et suiv. Démosthène admet que l'ἀνδροληψία s'applique à tous ceux παρ' οἷς ἂν τὸ πάθος γένηται.

(3) Weber, *loc. cit.*

(4) *Dictionnaire des Antiquités* v° Μέτοικοι (Clerc).

(5) *Dictionnaire des Antiquités* v° Ἀσυλία (Caillamer).

(6) Démosthène *c. Aristocrate*, § 82, R. 647.

(7) Sur l'analogie de ἀνδροληψία (saisie de personnes et des σῦλαι saisies de biens mobiliers) v. Démosthène, *Sur la triérarchie*, 13; Glotz, *op. cit.*, p. 220 et suiv.

cice d'une action en justice : εἶδος ἐγκλήματος [1], dont nous ignorons d'ailleurs la procédure et les conséquences. Il paraît que celui qui avait eu, à tort, recours à l'ἀνδροληψία n'échappait pas à la responsabilité de son acte. Les étrangers injustement enlevés pouvaient sans doute lui demander des dommages-intérêts [2].

Le recours à la procédure violente de l'ἀνδροληψία est rendu inutile par les conventions entre cités dont on possède, à partir du ve siècle, d'assez nombreux exemples [3]. Ces accords interviennent soit entre les villes qu'unit un rapport de dépendance, telles qu'Athènes et les villes alliées, soit entre des cités absolument autonomes. Ils règlent la compétence non seulement pour l'exercice des actions publiques, mais aussi pour les litiges entre particuliers des différents États [4]. Ils assurent aux parties contractantes une protection efficace de leurs intérêts respectifs.

Parfois, ces traités sont conclus dans un but économique, ainsi pour procurer la répression du crime de fabrication de fausse monnaie (traité entre Mytilène et Phokaia, début du IVe siècle [5] ou pour sanctionner pénalement une prohibition d'exportation (traité conclu en 350 entre Athènes et les villes alliées de Korésos et Julis à Kéos) [6]. Ils fixent la compétence, le plus souvent d'après le

(1) Pollux, VIII, 41 ; Bekker. *Anecdota græca*, I, 213-214 ; *contrà*, Glotz, *op. cit.*, p. 220 et suiv.

(2) Heffter, *Athenaische Gerichtsverfassung*, p. 429.

(3) Egger, *Études historiques sur les traités publics chez les Grecs et chez les Romains*. Paris, 1866 ; Hitzig, *Altgriechische Staatsverträge über Rechtshilfe*, dans la *Festgabe Ferdinand Regelsberger zu seinem Doktor-Jubilæum*. Zurich, 1907, p. 31 et suiv.

(4) V. cependant Meier-Schönmann-Lipsius, *op. cit.*, t. II, p. 1003. Pour ces auteurs, l'expression *δίκαι ἀπὸ συμβόλων* ne s'applique qu'aux procès privés. Au temps de la guerre du Péloponnèse les actions publiques contre les citoyens des villes alliées ne pouvaient être portées que devant les juridictions d'Athènes.

(5) Traité de Mytilène et Phokaia (G. D. I : *Sammlung der griechischen Dialektinschriften*, n. 213). Il attribue compétence aux magistrats du lieu de commission du délit. Ainsi les juges d'un État sont compétents pour juger les ressortissants de l'autre.

(6) Traité d'Athènes avec les villes Koresos et Julis à Keos (*Inscriptiones græcæ* II, 1, n. 546). Il interdit l'exportation de la pierre rouge (μίλτος) de Keos pour toute autre destination qu'Athènes. La peine est la perte du navire et de la cargaison. Une prime est promise au dénonciateur. Il semble que la dénonciation (ἔνδειξις ou φάσις) puisse être adressée aux astynomes de Koresos qui saisiront dans les 30 jours la juridiction de cette ville (δικαστήριον) ; mais que le dénonciateur ait aussi l'ἔφεσις εἰς δικαστήριον à Athènes. D'un autre traité passé par la ville d'Athènes avec les villes de Kéos en 362 (I. G. II. 5,

lieu du délit. Les magistrats sont désignés d'un commun accord. D'après la convention citée en dernier lieu, ce sont les astynomes à Koresos, les stratèges à Julis, les prostates à Athènes.

Entres villes indépendantes, de nombreux traités d'*asylie* assurent la protection des ressortissants d'un État contre l'outrage dont ils seraient l'objet sur un territoire appartenant à l'autre État, soit de la part des sujets de cet État, soit de la part d'étrangers. Le droit de secourir par la force la victime de l'offense (συλήθεις) (1) ou du délit (ἀδικούμενος) est reconnu aux citoyens des deux villes. La victime pourra, en outre, s'adresser à des magistrats qui sont désignés par le traité (ce sont, à Athènes les Thesmothètes, au lieu du Polémarque compétent pour les étrangers ordinaires (2), à Troizen les ξενοδίκαι) (3) ou à des jurés sur la désignation desquels le plaignant exerce une certaine influence (traité entre les localités locriennes de Chaleion et Oianthéa, ve siècle) (4). Les traités d'asylie sont la première forme des traités d'*isopolitie*, par lesquels deux cités assurent à leurs ressortissants le bénéfice réciproque de leurs institutions judiciaires (5).

Enfin, divers traités, prévoyant les conflits qui peuvent surgir

n° 54 *b*), on a voulu conclure que les magistrats d'Athènes joueraient par rapport à ceux de Keos le rôle d'une juridiction d'appel. Cf. Hitzig, *loc. cit.*, p. 63.

(1) Le συλᾶν consiste dans une main-mise violente sur la personne (ἄγειν) ou sur les biens (φέρειν, χρήματα φέρειν). Le ἀδικεῖν désigne la commission de tout autre acte délictueux. Le συλᾶν et le ἀδικεῖν sont compris dans la designation commune : ἐγκλήματα (chefs d'accusation).

(2) Pour les procès concernant les étrangers alliés, les thesmothètes ont l'ἡγεμονία δικαστηρίου. C'est par leur intermédiaire que le traite a été passé (κυροῦσιν). Ce sont eux qui président aux litiges qui en résultent : Aristote, *St. des Athén.* 59, 6 « καὶ τὰ σύμβολα τὰ πρὸς τὰς πόλεις οὗτοι κυροῦσιν, καὶ τὰς δίκας τὰς ἀπὸ τῶν συμβόλων εἰσάγουσιν ». Cf. Meier-Schönmann-Lipsius, *op. cit.*, I, p. 80, II, p. 994.

(3) Traité d'Athènes avec Troizen, vers 350 (I, G. II, 5, n. 135'), fixant des peines pour certains cas de lésions corporelles (βλάβη) et de meurtre.

(4) Traité de Chaleion et Oiantheia (Locride) ve siècle ; *Griechischen Dialektschriften*, n° 1479. Egger, *Etudes historiques sur les traités publics*; Paris, 1866, p. 36. Les ἐπομόται dont il est question dans ce traité sont des jurés. Dans le traité de Gortyn avec Lato (Crète), du IIIe siècle, le choix des juges accordé au plaignant étranger apparait aussi (J. Demargne, *Bulletin de correspondance hellénique*, XXVII, p. 219 et suiv.).

(5) Szanto, *Griechisches Bürgerrecht*, p. 67 et suiv. Ces traités n'ont pas toujours pour objet de mettre les ressortissants des deux États sur un pied de parfaite égalité. Athènes, dans ses rapports avec les villes confédérées, se réserve certains privilèges de juridiction.

soit entre deux communautés (1), soit entre un État et un citoyen d'un autre État, instituent pour les résoudre une juridiction mixte (κοινοδίκιον) : traité de Crète, IIe et Ier siècle, — ou désignent comme arbitre une juridiction étrangère (ξενικὸν δικαστήριον) empruntée à une tierce communauté (ἔκκλητος πόλις). C'est le cas du traité conclu en 418 entre Lacédémone et Argos (2), au IIe siècle, du traité d'isopolitie entre Hierepytna et Priansos (3).

La réaction défensive contre les attentats qui, du dehors, menacent la cité ou ses ressortissants est un trait commun à toutes les législations, et on ne saurait être surpris de la rencontrer dans les civilisations les plus anciennes. Il est plus intéressant de rechercher si l'antiquité a admis la compétence de l'État à l'égard des infractions commises par ses sujets à l'étranger. Cette compétence suppose, en effet : d'abord, pour être effective, une certaine pratique de l'extradition — ensuite la notion d'un devoir ou d'un intérêt de l'État ayant pour objet la protection, contre ses ressortissants eux-mêmes, de biens étrangers.

L'une et l'autre semblent résulter, de façon assez curieuse, du traité fameux conclu par Ramsès II avec le prince de Cheta, et contenu dans un document diplomatique contemporain de Moïse (4). Les deux souverains d'États voisins s'engagent à se livrer mutuellement les malfaiteurs sujets de l'autre État qui auraient passé la frontière et se trouveraient sur leur territoire. Mais ils promettent aussi de traiter les extradés avec indulgence, et de ne pas leur appliquer toute la rigueur des lois (5). L'extradition vient ici sanctionner la souveraineté personnelle. Au reste, nous avons signalé d'autres institutions qui établissent que le caractère personnel de la

(1) Par exemple si l'une d'entre elles ne se conforme pas au traité « ὑπεναντίον πράσσει τινὶ τῶν ἐν τῇ συνθήκῃ κατακεχωρισμένων » (traité entre Sardes et Ephèse).

(2) Egger, *Études historiques*, p. 66.

(3) Traité d'isopolitie entre Hierepytna et Priansos de la fin du second siècle, C. I. G. n° 2556, G. D. I, n° 5040. Pour la solution des litiges qui s'élèveront dans l'avenir (ἀδικήματα παρ' ἑκατέροις) les autorités des deux pays désignent d'accord une ville étrangère pour l'ἐπικριτήριον, tandis qu'elles se réservent le πρόδικον. Il n'y a pas d'exemple certain de désignation d'une πόλις ἔκκλητος pour les litiges particuliers nés de délits privés. Cf. Egger, *op. cit.*, p. 79 et suiv. avec une traduction du traité entre Hierepytna et Priansos.

(4) V. la trad. de M. de Rougé, articles 32 et 36, dans Egger, *Études historiques sur les traités publics*, 1866, p. 243 et suiv. Cf. Maspéro, *Histoire ancienne des peuples de l'Orient*, Paris, 1875, p. 225.

(5) Art. 44 à 47 du traité.

compétence pénale, judiciaire ou législative, est loin d'être resté étranger au droit de l'ancienne Égypte (1).

En Grèce, la compétence pénale est territoriale en principe. De plus, l'admission du droit d'asile, fondée sur une idée d'hospitalité religieuse, qui fut étendue des lieux consacrés au territoire tout entier de l'État, créait un obstacle à l'extradition (2). Athènes s'enorgueillissait de respecter soigneusement le droit des suppliants malheureux. Mais il y eut des exceptions ; on finit par reconnaître que le refus d'extradition devait être limité aux criminels qui n'avaient pas commis de crimes trop odieux (3). La demande d'extradition qui précède la procédure d'ἀνδροληψία implique d'ailleurs que la remise des malfaiteurs était parfois réclamée par la République d'Athènes, donc, qu'elle ne se refusait pas en principe à l'accorder. Elle la réclamait, sans doute, le plus souvent, pour des attentats qui avaient compromis ses intérêts, ou les intérêts de ses membres ; et comme on l'a vu, la cité requise pouvait se dispenser de l'accorder, en consentant à juger elle-même son national. — Mais la République athénienne ne pouvait-elle aussi exiger la remise de ses citoyens qui, par leur conduite à l'étranger, avaient déshonoré leur ville natale?

L'affirmative implique sans doute que l'État ne se désintéressait pas complètement de la défense des intérêts étrangers. Et l'on a pu objecter qu'à l'époque homérique, la piraterie, le brigandage étaient considérés comme des actes licites, lorsqu'ils avaient eu lieu au préjudice d'un peuple étranger. Mais déjà, chez Homère, il est possible de trouver des conceptions plus élevées : « Les dieux bienheureux haïssent la violence et honorent parmi les hommes la justice et l'équité. Les méchants, même lorsqu'ils fondent sur une terre étrangère, lorsqu'ils s'emparent du butin que Jupiter laisse tomber en leurs mains, ne voguent point vers leurs foyers avec leurs navires remplis, sans que la crainte de la vengeance divine tombe en leurs esprits (4) ». Une idée qu'on a signalée, et qui date des plus anciens temps de la Grèce, devait faire admettre logiquement la compétence personnelle de l'État : c'est la responsabilité collective, d'abord de la famille, du γένος, puis de la cité, à

(1) V. plus haut, p. 18.

(2) *Dictionnaire des Antiquités* v° Ἀσυλία ; Bernard, *Traité de l'extradition*, 2e éd., t. I, p. 7 et suiv. ; Egger, *Études historiques*, p. 260 et suiv.

(3) *Dictionnaire des Antiquités* v° Ἀσυλία.

(4) *Odyssée*, XIV, 85 et suiv.

l'égard des infractions commises par ses membres. Chez Hésiode, le juge qui, gardien incorruptible du droit, châtie la rapine, quelle qu'en soit la victime, devient un personnage presque divin. Sa gloire est sans rivale « lorsque, ne s'écartant jamais du droit sentier, il rend une justice égale aux étrangers et à ses concitoyens (1) ». A l'époque classique, Thucydide s'étonne de la conception homérique qui, d'après lui, légitimait les pires entreprises, lorsqu'elles avaient eu lieu à l'étranger (2). Sans doute, l'Athénien coupable d'un crime à l'étranger devait pouvoir se soustraire, en usant de la faculté d'exil, à l'application des peines corporelles. Mais même à défaut d'exemples concrets, l'exclusion de toute compétence personnelle serait difficilement conciliable avec le caractère largement humain qu'avait fini par revêtir le droit pénal hellénique.

Or, la juridiction personnelle trouve sa consécration positive dans les traités d'asylie et d'isopolitie qui apparaissent, nombreux, à partir du ve siècle. Ces traités qui ne contiennent pas toujours, sur la compétence, une règle précise, prévoient quelquefois, et notamment pour les obligations délictuelles, que le jugement aura lieu dans la cité à laquelle appartient l'agresseur. C'est la règle, à l'égard des traités conclus par Athènes (3). L'inculpé est poursuivi devant les tribunaux de son domicile, suivant des règles de compétence (4) et de procédure (5) qui ne sont ni les règles en vigueur pour les litiges entre nationaux, ni celles qui président aux litiges entre étrangers ordinaires. On peut citer, comme particulièrement remarquable, le traité intervenu au Ier siècle entre Sardes et Éphèse (6). La règle de compétence est posée sans égard à l'origine de l'ἀδικούμενος; parfois, il est prévu formellement que le plaignant peut être étranger aux deux États contractants (7).

(1) Hésiode, *Théogonie* v. 91 et suiv. ; *Les travaux et les jours*, v. 225 et suiv.

(2) Thucydide I, 5.

(3) Meier-Schönmann-Lipsius, *op. cit.*, t. II, p. 996.

(4) Droit de Gortyne, *Recueil des inscriptions juridiques grecques*, I, p. 429 et suiv. ; Lipsius, *Attisches Recht und Rechtsverfahren*, I, p. 54 et suiv.

(5) Certains actes donnent à l'étranger demandeur un droit de préférence (προδικία, δίκη πρόδικος) qui lui permet d'être jugé avant le national ou l'étranger non privilégié. C'est ainsi que dans le droit de Naupaktos, colonie locrienne, ve siècle (G. D. I. n° 1478) la δίκη πρόδικος procure à l'étranger le bénéfice d'une procédure plus rapide. Hitzig, *loc. cit.*, p. 52.

(6) Traité entre Sardes et Éphèse (Ier siècle). Dittenberger, *Or. Græc. inscript. sel.* n. 437. Le plaignant est tenu de « δικάζεσθαι ἐν τῇ τοῦ ἀδικοῦντος πόλει ».

(7) Le traité entre Sardes et Éphèse prévoit le cas où le sujet de l'une de ces

L'application par le juge saisi d'un droit étranger ne semble pas exclue par la pratique des cités grecques [1] : on peut en citer plusieurs exemples, du moins pour les litiges privés. La question n'offre d'ailleurs qu'un intérêt médiocre, à raison de la ressemblance qui unit entre elles les anciennes législations pénales de la Grèce. Qand des divergences importantes se produisent, le traité qui règle la compétence fixe en même temps les pénalités applicables aux délits qu'il prévoit [2]. Mais, le plus souvent, le juge personnel doit appliquer à l'inculpé la loi nationale [3].

Quand le jugement est ainsi prononcé par le juge du domicile, c'est-à-dire du lieu où le condamné possède la plus grande partie de sa fortune, l'exécution de ce jugement n'offre pas, en général, de difficultés : elle est assurée par le demandeur victorieux, même s'il est étranger [4]. Quand le jugement émane soit du juge local, soit

deux villes serait lésé sur le territoire de l'autre par *le ressortissant d'un État tiers* : il consacre, en pareil cas, la compétence territoriale — mais il a soin de réserver l'application d'un traité conclu avec ce dernier État, qui peut faire sa part à la compétence personnelle : Ἐὰν δέ τις συληθῇ ἢ ἀδικηθῇ Σαρδιανῶν ἢ Ἐφεσίων ὑπὸ τοῦ μὴ ὄντος Σαρδιανοῦ μήτε Ἐφεσίου, ἐξέστω τῷ Ἐφεσίῳ ἐν Σάρδεσι καὶ τῷ Σαρδιανῷ ἐν Ἐφέσῳ τὸ δίκαιον λαμβάνειν κατὰ τοὺς τῆς πόλεως νόμους, ἐν ᾗ ἂν ληφθῇ ὁ ἀδικήσας, πλὴν εἴ τινές εἰσιν ἐκ τῶν πόλεων πρὸς ἃς εἰσιν συνθῆκαι ἴδιαι, ταῦτα διεξάγεσθαι κατὰ τὰς ἰδίας συνθήκας. — Inversement, certains traités assurent la protection pénale non seulement aux sujets d'un État contractant, mais à tout étranger quelconque, vis-à-vis des sujets de l'autre État. Ainsi le traité d'asylie conclu vers 179 ou 172 av. J. C. par la ligue étolienne avec le Roi Eumenes II de Pergame concernant le sanctuaire d'Athena Nikephoros à Pergame. Tout étranger victime ou témoin d'un συλᾶν commis, sur le territoire protégé, par un Étolien pourra poursuivre l'offenseur devant les σύνεδροι étoliens : ὑπόδικον εἶμεν ἐν τοῖς συνέδροις τῷ ἀδικηθέντι καὶ ἄλλῳ τῷ θέλοντι ἐν ταῖς ἐκ ποτιστάσιος δίκαις.

(1) D'après le règlement colonial de Naupaktos, les habitants de Locre envoyés comme colons dans cette ville conservent, en certaines matières, notamment pour le droit successoral, le bénéfice de leur droit d'origine qui s'impose à l'observation des juges. — Les δικασταὶ μεταπεμπτοί appelés par une cité pour régler les différends entre ses propres citoyens appliquent non leur droit national, mais celui de la ville qui les appelle (Hitzig, *Bedeutung des altgriechischen Rechts*, p. 6 et suiv.).

(2) Ainsi, le traité entre Athènes et Troizen I. G. II, 5, n. 135 ; le traité entre Athènes et les villes de Kéos (I. G. II, 1, n. 546); le traité entre Mytilène et Phokaia (G. D. I, n. 213). Cf. Meier-Schönmann-Lipsius, *op. cit.*, t. II, p. 996.

(3) Traité entre Sardes et Éphèse (Ier siècle). Il résulte des termes de ce traité que le juge appliquera à l'inculpé sa loi nationale.

(4) Traité de Naxos et Arkesine (Amorgos) : Dareste, Haussoullier, Reinach, *Recueil des inscriptions juridiques grecques*, I, p. 312 et suiv. (début du IIe siècle). Cf. Meier-Schönmann-Lipsius, *op. cit.*, t. II, p. 962 et suiv.

d'une juridiction tierce, appartenant à une πόλις ἔκκλητος (1), se pose la question de l'efficacité sur le territoire d'un jugement étranger. Diverses sources, notamment des sources crétoises (2), admettent la possibilité de confiscations et de saisies pratiquées sur le fondement d'une sentence étrangère, admettant la prétention du demandeur.

(1) Traité entre Praxiclès de Naxos et la ville Arkésine de l'ile d'Amorgos. (Hitzig, *Altgriechische Staatsverträge*, p. 62). La solution des litiges dépend d'une troisième cité qui n'est pas nommée. Le patrimoine de la ville et les biens privés sont donnés en gage au créancier.

(2) Traité de Lato et Gortyn (Demargne, *Bulletin de la correspondance hellénique*, XXVII, p. 219).

CHAPITRE II

LE DROIT PÉNAL ROMAIN

SOMMAIRE. — La rigueur de la répression à Rome. — Rôle prépondérant de l'État. — Caractère *impérialiste* du droit pénal romain. — Aggravation de la condition des étrangers. — Situation privilégiée des citoyens romains. — Comment le droit romain, par la formation du *jus gentium*, et la création des ressorts de gouverneurs de provinces, devait exercer cependant, sur le développement ultérieur du droit pénal international, une influence décisive.

L'esprit du droit pénal romain offre, avec celui du droit pénal hellénique, un singulier contraste. La répression, dans les villes grecques, n'était pas impitoyable. Les peines, sauf de rares exceptions, n'étaient pas inhumaines. L'examen de certains procès qui se sont déroulés à Athènes, à l'époque classique, et qui concernaient des étrangers, nous a donné la preuve, sinon d'une certaine négligence, au moins d'une large tolérance dans l'exercice des poursuites et l'application des lois criminelles. — Dès l'abord, au contraire, le droit pénal romain suggère une impression de rigueur très grande. Au temps des XII Tables, la peine de mort est prodiguée. Les châtiments infligés au faux témoin qu'on précipite du haut de la roche Tarpéienne, à l'incendiaire que l'on brûle, à la Vestale infidèle qui est enterrée vivante, au parricide qui est jeté à la mer, cousu dans un sac avec un singe, un chien, un coq et une vipère, éveillent la même terreur que les supplices imaginés par des législations pénales très anciennes. Et si, d'emblée, on considère le dernier état du droit romain, sous le Bas-Empire, le sort des inculpés qui furent soumis à la torture, celui des condamnés innombrables qui furent envoyés *ad metalla* ou jetés aux bêtes (crux, defodi, crematio,

damnatio ad bestias [1] est loin de témoigner d'un adoucissement qui se serait produit dans les mœurs... Or, cette opposition ne s'explique pas simplement par la différence de tempéraments de deux peuples, l'un plus raffiné et plus sceptique, l'autre plus brutal et plus ordonné. Elle vient aussi de ce qu'à Athènes, même à l'époque classique, le système des délits privés joue un grand rôle, tandis qu'à Rome, l'État est intervenu de très bonne heure dans la répression. Le meurtre est encore un délit privé au temps de Périclès. A Rome, il est déjà l'objet, sous la Royauté, d'une répression publique [2]. Or si l'exercice de la vengeance privée, contrôlé par l'opinion publique et par la loi, a généralement pour limite l'importance du dommage causé, la rigueur de l'État ne comporte pas de mesure, lorsqu'il veut atteindre un effet de prévention collective et n'est pas modéré par un état de civilisation très avancé. Dans les rapports avec l'étranger, cette opposition de caractère et de tendances a pour conséquences : d'une part, le *cosmopolitisme* du droit hellénique — d'autre part le *nationalisme* du droit romain.

Certes, la pratique des relations internationales n'a été à aucune époque étrangère à l'État romain. Au temps où Rome, simple bourgade de l'Italie centrale, entretenait des rapports, pacifiques ou belliqueux, avec les cités voisines, elle concluait déjà, par l'intermédiaire des *fetiales*, avec ces cités, des accords sur la compétence pénale ; et ces accords, à l'origine, durent être conçus dans le sens d'une égalité complète, d'une parfaite réciprocité. Lorsque Rome, devenue prépondérante, eut, comme Athènes, ses villes sujettes et alliées, elle respecta, en général, leur autonomie. Et plus tard, lorsqu'en Europe ou hors d'Europe, elle eut conquis des provinces, elle imposait à ses gouverneurs, en matière pénale, aussi bien qu'en matière civile, le respect des coutumes locales. Tout cela est incontestable. — Mais, ce qu'on doit considérer aussi, c'est qu'à la source de ce libéralisme apparent, il n'y a certes pas une conception théorique, ni idéale, des relations internationales — mais une politique extrêmement habile de conquête et d'assimila-

(1) Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, p. 147.

(2) On peut, il est vrai, constater, pour le vol, la situation inverse. Le vol au temps des XII Tables, est un délit privé ; le *crimen furti* n'est apparu que sous l'Empire. Au contraire, dans le droit attique du ve siècle, il existe une action publique de vol (γραφὴ κλοπῆς) (Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, t. I (1920), p. 145 et suiv.). — Mais à Athènes, l'action privée (δίκη κλοπῆς) concourt avec l'action publique. Celle-ci joue même un rôle subsidiaire, en ce sens qu'elle ne peut être mise en mouvement par un tiers qu'au cas d'inaction de la personne volée.

tion progressives. L'État romain, tel que l'Empire britannique d'aujourd'hui, avec lequel il n'est pas sans offrir des traits frappants de ressemblance, est un État tentaculaire. Les traités qu'il a passés avec les villes italiennes, et plus tard avec les pays étrangers qu'il a soumis sans leur ravir complètement leur indépendance, sont inspirés par des raisons d'opportunité : la variété de leurs stipulations en est la preuve. L'extradition est, pour lui, une institution politique. Le terme *deditio*, en langue romaine, désigne à la fois la capitulation et la livraison des malfaiteurs. Le respect historique des usages provinciaux s'est concilié avec les abus d'une exploitation égoïste, dont le procès de Verrès offre un exemple particulièrement fameux, mais non isolé. La situation des étrangers présents à Rome, et qui y sont jugés pour leurs délits, n'est certes pas plus avantageuse. Ils sont soumis à *l'imperium*, c'est-à-dire au pouvoir individuel et arbitraire des magistrats, tandis qu'on réserve aux *citoyens :* l'usage d'une voie de recours spéciale devant l'assemblée du peuple : *provocatio ad populum* ; le monopole des accusations populaires devant les *questiones perpetuæ* qui sont les grands jurys criminels de l'époque républicaine ; enfin le bénéfice d'une compétence exclusive des juridictions nationales à l'égard de tous délits dont ils se rendraient coupables, en quelque lieu que ce fût. La procédure de la *perduellio*, qui a joué un si grand rôle dans l'histoire des institutions romaines, est l'instrument d'une réaction pénale, indépendante du lieu de l'acte et des qualités personnelles de l'agent, contre tous attentats qui menacent la communauté romaine.

Or, le droit pénal romain a connu cette fortune singulière. Ce droit, égoïste, nationaliste, impérialiste dans son essence, est devenu le droit commun des États qui devaient constituer, quelques siècles plus tard, la société des États civilisés : et par là, il a concouru, au premier chef, à la formation du droit pénal international. Cela s'est produit, simplement, parce que Rome a parfaitement réussi dans ses desseins impérialistes, parce que les limites de l'Empire ont fini par se confondre avec celles du monde civilisé, on croyait alors pouvoir dire : du monde habité. En matière pénale aussi bien qu'en matière civile, Rome n'a pas créé seulement son *jus civile*, réservé aux citoyens, et dont l'extension, après la réforme de Caracalla, fut d'ailleurs presque illimitée. Elle a été amenée, par les besoins de son administration immense, a créer un *jus gentium*, c'est-à-dire un ensemble de dispositions dictées par la raison et par l'expérience, applicables à tous les peuples qu'elle régissait. Ce droit

qu'ont formé progressivement les lois de la République et les constitutions des Empereurs, que renferment les compilations de Théodose et de Justinien, est devenu le fonds commun où devaient puiser tous les peuples issus du démembrement de l'Empire. Pendant de longs siècles, il devait alimenter la société laïque, et la société religieuse. — Quand l'autorité romaine s'est étendue incontestée sur de vastes territoires, elle a dû créer des ressorts de compétence pénale : affranchie, alors, de considérations politiques, elle a pu agir dans le sens d'une répression efficace, avec ce sentiment de l'ordre et du progrès que les compatriotes de Sylla et d'Auguste ont poussé si haut. Ainsi s'est affirmée, à l'égard de la compétence pénale, l'éternelle et universelle valeur du droit romain.

Pour apporter plus de clarté dans l'exposé d'une évolution que rendent singulièrement complexe : la distinction des poursuites politiques et privées : *delicta publica* et *privata*; dans le régime des poursuites privées, la succession des formes variées de procédures : procédure des Actions de la loi, procédure formulaire, procédure extraordinaire sous le bas Empire; enfin, la diversité des circonstances politiques — on distinguera trois grandes périodes historiques.

Section I

La compétence pénale dans les cinq premiers siècles de Rome.

Sommaire. — Régime des délits privés : compétence, dans les rapports de Rome et des villes latines, du *judex domicilii*. — Pour les délits publics, organisation, à l'égard des étrangers, d'une compétence spéciale : *coercitio*, et justice criminelle. — Privilège des citoyens, en ce qui touche la *provocatio ad populum*. — Ses conséquences. — Le régime pénal des municipes et des préfectures. — L'autonomie des cités latines.

Dans les cinq premiers siècles de Rome, le système des *delicta privata* est dominant. Certaines infractions regardées comme des plus graves, ainsi le vol manifeste, qui entraîne la servitude (1), l'injure par rupture d'un membre, à laquelle on applique la loi du talion (2), ne donnent lieu qu'à des poursuites privées (3).

(1) XII Tables, 8, 14 : Gaius, III, 189.

(2) XII Tables, 8, 2.

(3) Cf. Girard, *Histoire de l'Organisation judiciaire des Romains*, t. I, Paris, 1901, p. 35 : « Même les délits dans lesquels une analyse moins grossière voit

Le procès s'engage donc, en matière de délits privés, comme de contrats, sous la forme d'un litige entre particuliers.

Il comporte l'existence d'un demandeur et d'un défendeur, qui sont tous deux des citoyens romains. En effet, la procédure solennelle des Actions de la loi, qui est la seule connue et organisée par la loi des XII Tables (303) exclut, au moins à l'origine, la participation de tous les incapables de fait : femmes, enfants, étrangers (1). En particulier, l'étranger ne peut y prendre aucune part, parce qu'il n'a aucun droit, parce qu'on peut se faire justice contre lui sans recourir aux formes de la justice légale (Pomponius, D. 49. 15. *De capt.* 5-2). Et la qualité d'hôte, ou de client, qu'il peut obtenir, n'apporte, à cet égard, aucun changement à sa situation personnelle (2). — Mais tout ceci ne doit être accueilli que sous le bénéfice des observations suivantes.

I. — Des traités conclus par les Romains avec les habitants des cités voisines ont établi de très bonne heure, entre les villes alliées, une certaine communauté de droit. Le plus fameux de ces traités est celui qui fut conclu, l'an 261 de Rome, avec la ligue latine (3). Les habitants de ces cités acquirent ainsi le *commercium*, c'est-à-dire la faculté de passer avec les Romains des actes tendant à l'aliénation ou à l'acquisition d'une chose suivant les solennités de la *mancipatio* et du *nexum* (4). Ils purent, pour leurs relations entre eux, et pour leurs relations avec les Romains, ester en justice devant les magistrats romains (5), et suivant la procédure des Actions de

le plus clairement, à côté d'un préjudice privé à réparer, un trouble à la sûreté générale à punir, ainsi les coups et blessures, le vol, sont encore pour longtemps soustraits à l'action de l'État... Ils ne font naitre qu'un droit privé de vengeance ou d'amende. Ils rentrent dans le champ de la justice civile ».

(1) Th. Mommsen, *Le droit pénal romain*, trad. par J. Duquesne, t. I, Paris, 1907, p. 124.

(2) P.-F. Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, t. I, Paris, 1901, p. 96.

(3) Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, 2e éd., 1904, t. I, p. 18; Karlowa, *Legisaktionen*, p. 218-230; Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 101.

(4) Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917, p. 92; Schulin, *op. cit.*, p. 48.

(5) Dig. 49. 15. *De captivis et postlim*, 7. 2. Proculus..« *At fiunt apud nos rei ex civitatibus fœderatis et in eos damnatos animadvertimus* ». V. sur ce texte Bynkershoëk, *Traite du Juge compétent des Ambassadeurs*, La Haye, 1723, chap. II, p. 12 : « Que l'on ait quelque juridiction sur les étrangers même, du moins pour les causes criminelles, c'est ce que Proculus donne à entendre, lors-

la loi [1]. On sait que le procès civil, dans l'*ordo judiciorum*, se divise en deux phases : la phase du *jus* qui a lieu tout entière devant le magistrat, et la phase du *judicium* qui se déroule devant le juré unique, le *judex unus*, désigné par lui. Pour les procès dans lesquels les habitants des cités alliées sont parties, le *judex unus* est remplacé par un jury formé de *recuperatores* multiples, dont l'institution remonte aux premiers traités conclus par Rome [2]. Il y a des récupérateurs romains, mais il y a aussi des récupérateurs dans les villes voisines. En matière contractuelle, le procès était porté devant les uns ou devant les autres, suivant que le marché litigieux avait été conclu ici ou là [3]. En matière délictuelle, le développement de la ligue latine sur le fondement de la communauté de nationalité a fait consacrer la règle suivante. Le Romain victime d'un vol portait son action à Rome ou à Preneste suivant que le voleur habitait dans l'une ou dans l'autre de ces cités [4].

D'après quelle loi le jugement était-il rendu? On a supposé qu'à l'origine les récupérateurs jugeaient d'après le droit pénal édicté par le *fœdus*, et qui était emprunté très vraisemblablement à la législation combinée des deux peuples alliés [5]. La prépondérance de Rome dut avoir pour conséquence l'unification presque complète du droit des cités latines [6].

qu'après avoir dit que les peuples libres et alliés sont regardés comme étrangers par rapport à nous, il ajoute que néanmoins ceux des nations alliées sont accusés en justice par devant nous, et punis en conséquence du jugement rendu contre eux » — et la note critique de Barbeyrac, *eod. loco*. D'après cet auteur, Proculus rapporte une règle en vigueur dans les premiers siècles de la République, mais dont la portée s'est modifiée de son temps, les « peuples alliés », étant tombés sous la domination de Rome, ou n'ayant gardé de leur indépendance que la permission de se gouverner par leurs propres lois (αὐτονομία).

(1) Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6e édit. (1918), p. 112 : *Organisation judiciaire*, t. I, p. 101.

(2) Girard, *Manuel*, p. 116; Karlowa, *Legisaktionen*, p. 218-230. C'est par les dispositions du traité de 261 que le fonctionnement de ces jurys de récupérateurs nous est surtout connu.

(3) Girard, *Organisation judiciaire*, p. 83 et 101. Des auteurs supposent qu'à l'origine, les récupérateurs devaient être choisis parmi les membres des deux nations. Mispoulet, *Les Institutions politiques des Romains*, t. II (1883), p. 476.

(4) Th. Mommsen, *Le droit pénal romain*, trad. J. Duquesne, t. I, p. 130.

(5) Mispoulet, *Les Institutions politiques des Romains*, t. II (1883), p. 477.

(6) Mommsen, *Le droit pénal romain*, t. I, p. 134.

II. — Il ne faut pas exagérer l'importance pratique du système des *delicta privata*. Il y a des délits publics dès avant les XII Tables. Sous la royauté, le déplacement des limites d'un champ, la vente de la femme par le mari, le meurtre des ascendants, le parricide, le *meurtre volontaire d'un membre de la cité* sont des délits soumis à une répression publique. Ils sont regardés comme atteignant à la fois l'État et les dieux : le Roi tire vengeance en sa double qualité de chef du Gouvernement et de chef de la religion (1).

Or, pour les *delicta publica*, la répression s'exerce, du moment que l'acte a été commis sur le territoire de Rome, qu'il ait pour auteur un citoyen, un latin ou un pérégrin : « La fixation des limites territoriales, écrit Mommsen (2), l'établissement du peuple à titre sédentaire engendrent par la force même des choses un régime de protection juridique absolue de la vie et de la propriété à l'intérieur du territoire ainsi fixé, et met l'État dans la nécessité de demander compte de tout fait punissable commis sur le territoire romain, à l'auteur lui-même, s'il est une personne libre, au propriétaire, si c'est un esclave, sans rechercher la condition personnelle du délinquant ou de la victime ».

Seulement, la répression, à l'égard des crimes commis par des citoyens, était soumise à des règles spéciales.

La particularité essentielle consiste dans le droit de provocation. Le *jus provocationis* est la faculté, réservée au citoyen, de former un appel pour une peine grave dont il a été frappé, auprès du peuple réuni dans ses comices (3). Les lois sur la provocatio, les plus anciennes, sont antérieures aux XII Tables.

L'institution du *jus provocationis* a eu pour effet de créer, dans la justice criminelle romaine, une certaine dualité. On doit distinguer : d'une part la *coercitio* dont les règles concernent également les citoyens et les étrangers — et la justice criminelle proprement dite.

La *coercitio* est, en réalité, un pouvoir de police permettant aux *magistratus majores* d'intervenir pour la répression des infractions les moins importantes. Elle comprend la faculté d'infliger des amendes (*multæ*) n'excédant pas un certain taux, la saisie de

(1) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 32, n. 1 ; *Manuel*, p. 399 ; Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, 2e éd., 1904, t. I, p. 106.

(2) Th. Mommsen, *op. cit.*, t. I, p. 124.

(3) Le droit de *provocatio* ne s'exerce pas, en matière de délits privés, si grave que pût être alors la peine (Girard, *Organisation judiciaire*, p. 104 ; *Manuel*, p. 25).

gages (*pignoris capio*), l'emprisonnement (*abductio in carcerem, in vincula*), l'expulsion de la ville, — et, peu probablement, la peine des verges (*verbera*) (1). Elle appartient, d'abord, aux magistrats revêtus de l'*imperium*, notamment au consul, et, à partir de 387, au préteur (2). Elle prend naissance, aussi, au profit des tribuns, non pas en vertu de l'*imperium* qu'ils ne possèdent pas — mais à raison de leur *jus auxilii* (3). La *coercitio* peut être déléguée à des magistrats inférieurs. — Or, la *coercitio* frappe également les citoyens et les étrangers.

Il en est tout autrement de la *justice criminelle*. Sans doute, des procès criminels furent faits aux étrangers. On cite comme exemple le procès capital intenté en 644 à Bomilcar (4), qui eut de nombreux précédents (5). Mais la faculté réservée aux citoyens d'interjeter appel contre la sentence du magistrat a déterminé, dans l'administration de la justice criminelle, entre les citoyens et les étrangers, d'importantes différences.

Ces différences ne se présentent, toutefois, que sous la réserve des limitations suivantes :

Les *jus provocationis* ne s'exerce pas, *quelle que soit la qualité de l'agent*, quand l'infraction a été commise à plus d'un mille de la ville de Rome (6). Il ne s'exerce pas non plus, lorsqu'à raison d'un péril, extérieur, ou intérieur, les consuls ont nommé un dictateur (7).

Le *jus provocationis* est également exclu, pour certains crimes dont la commission entraîne la perte de la qualité de citoyen. Ainsi en est-il des infractions d'ordre militaire énumérées par Mommsen (8), qui sont frappées, sans *provocatio*, tant de la peine de mort que d'autres peines arbitraires graves, telles que la vente en servitude à l'étranger, et la confiscation du patrimoine.

La *jus provocationis* ne s'exerce pas, enfin, à l'égard du délit capital que constitue la violation du droit des gens. La répres-

(1) Mommsen, *Strafrecht*, p. 35-54 : *Droit public romain*, trad. P.-F. Girard, t. I, p. 158-185 ; Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 109 ; Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, p. 183, 516, 844.

(2) Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des romischen Rechts*, p. 155 ; Mommsen, *Droit public*, t. I, p. 161.

(3) Mommsen, *Droit public*, t. I, p. 162 ; Schulin, *op. cit.*, p. 154 et suiv.

(4) Salluste, Jugurtha, 35, 61.

(5) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 108.

(6) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 108.

(7) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 124.

(8) Mommsen, *Strafrecht*, p. 43-44.

sion est alors normalement assurée par la livraison du coupable, citoyen ou étranger, à l'État qu'il a offensé par son délit. Les faits positifs d'extradition, généralement postérieurs au ve siècle, mais qui procèdent certainement de principes antérieurement admis, ont eu pour objet de dégager l'État romain de la responsabilité d'outrages infligés à des Ambassadeurs, ou de traités conclus sans qualité (1). La *deditio* apparaît alors comme une procédure administrative qui ne dépend pas des autorités répressives, mais des consuls et du sénat (2). Dans les rapports de Rome avec les villes latines qui lui sont subordonnées, la demande de *deditio* est l'exercice de la puissance souveraine. Les conditions en sont réglementées par les traités (3).

Dans tous les cas qui viennent d'être énumérés, la procédure criminelle obéit aux mêmes règles, que l'inculpé soit un citoyen ou un pérégrin. Dans les autres cas, le *jus provocationis*, réservé aux citoyens, engendre, au triple point de vue de la compétence, de la procédure, et de la pénalité, les différences suivantes.

Vis-à-vis des étrangers, la *compétence pénale*, autrefois réservée au roi, est dévolue aux consuls, et à partir de 387, aux préteurs (4). Les mêmes magistrats, qui tiennent de leur *imperium* la *coercitio*, la connaissance de toutes infractions commises à plus d'un mille de Rome, connaissent en outre de toutes les infractions, même les plus graves, qui ont été perpétrées, à Rome même, par des femmes, des esclaves ou des étrangers. — Au contraire, pour les infractions commises à Rome par des citoyens, le *jus provocationis* étant ouvert, il a paru inadmissible que des magistrats supérieurs (consuls ou préteurs) dussent subir l'affront d'une cassation de leur sentence prononcée contre leur gré par le peuple. Aussi décida-t-on que les sentences sujettes à réformation seraient prononcées non par eux, mais par des magistrats subalternes, délégués à cet effet, et auxquels incomberait la charge de les défendre ensuite devant le peuple. Ces magistrats furent : pour les crimes de droit commun.

(1) Mommsen. *Strafrecht*, p. 45-46 ; Schulin. *op. cit.*, p. 46 : Weiss. ***Étude sur les conditions de l'extradition***, Paris, 1880, p. 58.

(2) Le plus souvent, c'est une simple *cognitio* consulaire. Parfois cependant, quand le consul y consentait, la question d'extradition était tranchée par le peuple. Mommsen, ***Droit public***, t. III, p. 128.

(3) Denys d'Halicarnasse, 5, 50. Les messagers romains demandent aux villes latines : τοὺς ἐνόχους τοῖς ἀδικήμασιν... ἐκδοῦναι σφίσι τιμωρίας ὑφέξοντας κατὰ τὸν νόμον, ὃν ἐν ταῖς συνθήκαις ὥρισαν ὅτε συνετίθεντο τὴν φιλίαν.

(4) Girard, ***Organisation judiciaire***, t. I, p. 260.

les *quæstores parricidii* qui sont, depuis 307, des magistrats élus par le peuple ; ils connaissent du meurtre, de l'incendie, du vol à main armée, du vol des choses saintes, des manquements aux devoirs résultant du patronat (1) ; — pour les crimes politiques, des agents nommés à titre isolé pour chaque affaire, qui sont les *duoviri perduellionis*. La *perduellio* est l'attentat à la sûreté extérieure ou intérieure de l'État, le fait, par un membre de la cité, de se conduire envers elle en ennemi. Il sera mis à mort comme un prisonnier de guerre (2).

Vers la fin du ve siècle apparaissent de nouveaux auxiliaires, également chargés de la répression. Ce sont les *triumvirs capitaux*, qui accomplissent des actes d'instruction par délégation du préteur ; mais il le font à titre constant et régulier (3).

A cette différence, concernant la désignation des magistrats appelés à connaître du procès, correspond une autre différence, relative à la *procédure*. Le consul ou le préteur, informé par une dénonciation quelconque du délit imputable à un étranger, se saisit lui-même, instruit l'affaire (*cognitio*) en vertu de son *impérium*, et prononce librement la peine. L'intercession des *tribuns*, qui ont fini par dégager, du pouvoir de défendre leur inviolabilité, une véritable compétence pénale, ne semble pas s'être exercée en faveur des étrangers (4). La juridiction criminelle, à l'égard des étrangers, se distingue donc mal de la *coercitio* : c'est une *coercitio* capitale (5). — Le procès pénal, à l'égard des citoyens, comporte plus de précautions et de longueurs. Il comprend deux instances : une procédure devant le magistrat ; au cas de condamnation, une instance en cassation devant le peuple. Il est probable, en outre, qu'à partir tout au moins d'une certaine époque, des garanties spéciales furent prises en faveur de l'inculpé. Il résulte d'un passage de Cicéron (6), qu'avant de prononcer la sentence, le ma-

(1) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 113.

(2) Bouché-Leclercq, *Manuel des institutions romaines*, Paris, 1886, p. 444 ; Mommsen, *Le droit pénal romain*, p. 128 : Mommsen remarque (*Strafrecht*, p. 43, p. 154 n. 1), que la provocatio aurait dû être écartée pour tous les cas de *perduellio*, puisqu'elle n'existe pas, en principe, à l'égard des infractions qui entraînent la perte de la qualité de citoyen.

(3) Schrutin, *op. cit.*, p. 514 ; Girard, *Organisation judiciaire*, p. 234, 261.

(4) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 150, 232.

(5) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 124.

(6) Cicéron (*De domo* 17, 45) fait ressortir, pour les *judicia populi* « ut ter ante magistratus accuset intermissa die quam multam irroget aut judicet,

gistrat doit trois fois au moins entendre et interroger publiquement l'accusé, développer les charges et prendre connaissance des moyens de défense.

Quant aux *peines*, les châtiments corporels autres que la mort, tels que l'application des verges (*verbera*) étaient très probablement réservés aux étrangers (1).

On voit en définitive que si, dans les premiers temps de Rome, la répression est rigoureuse pour tous, les étrangers sont loin de bénéficier d'une immunité quelconque. Ils sont livrés au pouvoir à peu près discrétionnaire des magistrats : « Si nous avions, dit M. Girard, les statistiques criminelles des premiers siècles de la République, les citoyens exécutés par les licteurs à la suite des formalités du *judicium populi* n'y feraient probablement pas le plus gros chiffre, en face de la foule des citoyens, des femmes et des étrangers privés de la vie et de la liberté en vertu de la coercition aux formes multiples..... C'est un trait du droit romain qui vaut d'être noté. Tandis que les modernes sont disposés à considérer les garanties de formes comme spécialement et presque exclusivement indispensables en matière criminelle, c'est à Rome la procédure civile qui s'occupe de ménager aux justiciables la plus grande sécurité par une combinaison heureuse du formalisme avec la division des pouvoirs. La procédure criminelle laisse, non pas totalement mais très largement à l'arbitraire ce droit de punir dans lequel nous sommes habitués à voir le plus redoutable attribut de la puissance publique » (2).

III. — L'extension de l'Etat romain a déterminé une égale extension de la compétence pénale des magistrats de Rome à l'égard des délits privés et publics. Les citoyens des colonies romaines, les citoyens incomplets (*sine suffragio*) des municipes (3) sont justiciables des tribunaux de Rome. Les habitants de la cité d'Ostie, de Tusculum dépendent de la juridiction répressive de Rome, absolument comme les habitants du quartier de l'Esquilin (4). Ce qui est

quarta sit accusatio trinum nundinum prodicta die, qua die judicium sit futurum ». Cf. Mommsen, *Droit public*, t. I, p. 183.

(1) Mommsen, *Droit public*, t. I, p. 184.

(2) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 126.

(3) Mommsen, *Droit public*, VI, 2, p. 185, n. 2 ; Willems, *Droit public*, p. 126, n. 9, 358, n. 1.

(4) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 272.

vrai des citoyens est vrai aussi des étrangers qui habitent le territoire soumis à Rome. Il sont justiciables des autorités pénales de Rome, dans la même mesure et aux mêmes conditions que s'ils habitaient la ville elle-même (1).

A vrai dire, une œuvre de décentralisation s'est accomplie. Une série de lois, qui se sont succédé depuis le ve siècle, ont eu pour objet l'envoi dans les localités relativement éloignées de Rome de délégués (*præfecti*), en vue de dispenser les habitants de ces localités de venir plaider leurs procès à Rome (2). Les dix préfectures furent réparties par groupes de deux ou trois entre les préfets qui tenaient des assises dans les diverses villes de leurs circonscriptions. Mais ceci concerne exclusivement la justice civile; le procès se liait par *legis actio* (3). Cette organisation est étrangère à la répression des *delicta publica* (4).

D'ailleurs, on doit se garder de confondre avec les cités romaines, dont les habitants sont justiciables des magistrats de Rome, le groupe des cités latines (5). Ces cités, demeurées autonomes, ont leur droit indépendant, leur législation municipale qu'elles conserveront encore sous l'Empire. Elles ont leur organisation judiciaire propre, leurs magistrats dont la compétence pénale est régie par les mêmes principes que celle des magistrats de Rome dans les premiers temps de la République. Elles possèdent leurs consuls, leurs préteurs; et l'on peut se demander si la *provocatio ad populum* n'a pas été pratiquée, comme à Rome, contre les sentences pénales des magistrats siégeant dans les colonies latines. Le statut local de la ville de *Bantia* en Lucanie, rédigé en langue osque, après la guerre d'Hannibal, mais avant la guerre sociale

(1) Ils peuvent également, sans avoir la *legis actio*, être autorisés, pour l'exercice des actions privées, à plaider devant les tribunaux romains, en vertu, soit de traités, soit de décisions unilatérales de la puissance romaine. Cette situation, dit M. Girard, est nécessaire à signaler pour les populations toujours plus nombreuses, qui ont été, dans le cours de notre période, soumises sans traité en Italie et dans les provinces (Girard, *Organisation judiciaire*, p. 206 et 308).

(2) Mispoulet, *Les Institutions politiques des Romains*, t. II (1883), p. 45.

(3) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 297.

(4) C'est à la fin de la République seulement qu'on trouve des témoignages certains d'un régime d'autonomie judiciaire pratiqué par les cités de citoyens (Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 308).

(5) On trouvera la liste des colonies latines de l'Italie dans Marquardt, *Organisation de l'Empire romain*, I, p. 65-69; Daremberg et Saglio, I, p. 1307-1308 (art. de G. Humbert), et la carte jointe au t. I de la *Römische Geschichte*, de Mommsen. V. aussi Schulin, *op. cit.*, p. 48 et suiv.

(574-636) établit l'existence d'un préteur, de censeurs, de tribuns de la plèbe (1) d'un jugement populaire (2). Les procès civils s'intentaient par *legis actio* devant le préteur. A l'égard des délits publics, la compétence des magistrats de ces villes devait s'exercer, comme à Rome, pour toutes les infractions commises sur le territoire (3).

Section II

Du VIe siècle de Rome au début de l'Empire.

Sommaire. — Institution du préteur pérégrin : sa compétence à l'égard des litiges privés. Les pérégrins et l'exercice des Actions de la Loi; introduction de la procédure formulaire; la phase du *judicium* et les jurys de récupérateurs. — Compétence des tribuns à l'égard des poursuites politiques; la procédure de la *perduellio* et son extension. — Compétence pénale des Gouverneurs de provinces : son origine. — Application territoriale des législations particulières. — Restrictions apportées à la compétence des Gouverneurs de provinces : par l'institution des *quaestiones perpetuae*, sous le régime de l'accusation populaire — par la création de juridictions locales — par l'extension du *jus provocationis*. — Compétence personnelle à l'égard des citoyens romains.

Les transformations qui caractérisent cette période, au point de vue de la compétence pénale, procèdent des événements suivants, qui se sont produits au début du VIe siècle, et qui intéressent l'ordre social et juridique :

1° La division des attributions du préteur, par l'institution, en 512, du préteur pérégrin, qui connaît des litiges où les étrangers sont intéressés.

2° la conquête et l'organisation des premières provinces de Rome.

3° l'élargissement du droit de *provocatio*.

1. — En 512, les attributions du préteur, en matière civile et pénale, sont réparties entre le préteur urbain et le préteur pérégrin. Le préteur urbain continue à connaître de tous les procès

(1) Girard, *Textes de droit romain* (3e éd., 1903), p. 27. Cf. Mommsen, *Droit public*, t. VI, p. 335; Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 806.

(2) Esmein, *La table de Bantia*, *Mélanges d'histoire du droit*, Paris, 1886, p. 323.

(3) Mommsen, *Droit public*, t. VI, p. 335.

civils dans lesquels des citoyens seuls (1) sont parties. Il semble aussi qu'il connaît des procès où les intérêts de Latins sont en jeu (2). Les procès se lient alors suivant la procédure des actions de la loi. Contrairement à l'opinion soutenue notamment par Gradenwitz (3), il ne semble pas que le préteur urbain eût compétence à l'égard des procès entre citoyens et non citoyens.

Par contre, le préteur pérégrin connaît seul de tous les litiges entre étrangers (4). Il paraît établi qu'au début du VIe siècle, la procédure *per legis actionem* était accessible, soit à certains pérégrins, soit à tous les pérégrins pour certains procès (5). Déjà, les termes du traité de 448 entre Rome et Carthage font penser que ce traité permettait aux bénéficiaires d'agir, par voie de *legis actio*, devant le préteur, alors unique (6). Mais l'exemple le plus sûr est celui des procès de *repetundæ* intentés depuis l'an 605 *per sacramentum* devant le préteur pérégrin, en vertu de la loi Calpurnia de 605, et d'une loi Junia de date indécise (7).

Ces observations font ressortir l'inexactitude du système, défendu notamment par Huschke (8), et d'après lequel les pérégrins, ne pouvant user des Actions de la Loi, auraient dû, tout au moins pour faire valoir certains de leurs droits, se servir de formes procédurales différentes. L'introduction de la procédure formulaire coïnciderait ainsi avec la création du préteur pérégrin (9). Aucun texte n'établit formellement l'emploi de formules qui

(1) Laboulaye, *Essai sur les lois criminelles des Romains*, Paris, 1845, p. 13.

(2) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 206.

(3) Gradenwitz, *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, IX (1888), p. 192-193.

(4) De Boeck, *Essai sur le préteur pérégrin*, Paris, 1882, p. 70-193.

(5) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 103-104, 206, n. 2, 213-217.

(6) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 173. « Ἐν Σικελία ἧς Καρχηδόνιοι ἐπάρχουσι καὶ ἐν Καρχηδόνι, πάντα καὶ ποιείτω καὶ πωλείτω, ὅσα καὶ τῷ πολίτῃ ἔξεστιν. Ωσαύτως δὲ καὶ ὁ Καρχηδόνιος ποιείτω ἐν Ῥώμῃ » (texte relaté par Polybe, 3, 24, 12-13).

(7) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 206, 215 : Mommsen, *Strafrecht*, p. 705-732 : Bouché-Leclercq, *Manuel des Institutions romaines*, p. 448 ; Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 850, n. 1.

(8) Huschke, *Krit. Jahrbucher* de Richter, I, 1837, p. 861 et suiv. — Se sont prononcés dans le même sens : en France : Ortolan, *Droit romain*, I, p. 211-212 : Accarias, *Traité de droit romain*, II, p. 689 ; May, *Éléments de droit romain*, p. 572, n. 1 ; Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 849. En Allemagne : Puchta, *Institutionen*, I, § 83, p. 205, § 163, p. 481 ; Sohm, *Institutionen*, § 36 ; Wlassak, *Processgesetze*, I, p. 165, II, p. 301-302.

(9) Cf. Mommsen, *Le droit pénal romain*, p. 124 et suiv. ; Girard, *Manuel*, p. 1011, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 206-218 ; Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, 2e éd., t. I, 1904, p. 157.

serait fait par le préteur pérégrin avant la loi Æbutia, dont la date, entre 605 et 628 (1), a été établie par M. Girard.

Quelle que fut l'époque de son introduction, la procédure formulaire assure, aussi bien que le système des actions de la loi, la possibilité aux étrangers de faire valoir leurs droits en justice. Dans les deux procédures, le droit d'agir est réservé, en principe, aux citoyens. Dans la formule, c'est une fiction, dont l'existence est attestée notamment par Gaius[2], qui permettra au pérégrin d'ester en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur : « Quamobrem, si civis Romanus esset, pro fure damnum decidere oportet ».

Le préteur pérégrin renvoyait l'affaire devant un jury composé de récupérateurs. L'exemple historique est celui des actions en répétition intentées en l'an 583 contre d'anciens gouverneurs d'Espagne par des députés espagnols : le Sénat chargea le préteur d'Espagne désigné, L. Canuleius, de leur donner des récupérateurs, pris au nombre de cinq, dans le Sénat (3).

Au point de vue pénal, ce pouvoir du préteur pérégrin est d'autant plus important que le nombre des *delicta privata* s'est étendu, depuis les premiers siècles de la République. C'est le *damnum injuria datum*, créé par la loi Aquilia : c'est l'action en répétition, que la loi Plœtoria (563) a donnée au mineur victime de la fraude; c'est enfin le développement des actions populaires, favorisé notamment par la même loi Plœtoria. Devant le préteur pérégrin, le droit d'intenter une action populaire devait appartenir aux non citoyens.

Mais le préteur pérégrin a encore un double pouvoir de *coercitio* et de juridiction criminelle en matière de *delicta publica*. Sa

(1) Girard, *La date de la loi Aebutia*. *Zeitschrift der Savigny Stiftung*. 1893, p. 11-54, 1908, p. 113-169; *Manuel*, p. 1012.

(2) Gaïus, *Institutes*, 4. 37 : « Item civitas romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo justum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi : veluti si furti agat peregrinus aut cum eo agatur. Nam si cum peregrino agatur, formula ita concipitur : Judex esto, si paret L. Titio a Dione Hermæi filio opeve consiliove Dionis Hermæi filii furtum factum esse pateræ aureæ, quam ob rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret et reliqua. Item, si peregrinus furti agat, civitas ei Romana fingitur ».

(3) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 173. — Sur d'autres actions civiles pour concussion qui furent intentées dans la suite, après la promulgation des lois Calpurnia (604) et Junia, *per legis actionem*, devant le préteur pérégrin, v. Laboulaye, *op. cit.*, p. 196 et suiv., ci-dessus, p. 54, n. 7.

compétence spéciale à l'égard des poursuites criminelles contre les étrangers est dans une corrélation visible avec sa compétence à l'égard des procès civils. Elle se manifeste principalement en matière d'emprisonnement et d'expulsion.

« En dehors, dit M. Girard (1), du cas où cette mesure est prise par les consuls, qui ont conservé un pouvoir de coercition aussi bien pour les étrangers que pour les citoyens (Tite Live 41. 9 sur l'an 577, et 42. 10. 3 sur l'an 586), l'expulsion des non-citoyens hors de la ville est ordonnée en l'an 587 par Q. Terentius Culleo (Tite Live 39. 3, 5) qui est préteur pérégrin (Tite Live 38. 42). L'expulsion des Chaldéens est prononcée en l'an 615 par le préteur pérégrin Cornelius Scipio Hispalus (Val. Max. 1. 3. 2), et cela donne tout lieu de croire que le préteur M. Pomponius, qui expulsa les philosophes grecs en l'an 593 (Suétone, De clar. rhet. 1) était également préteur pérégrin. En matière d'emprisonnement, c'est également le préteur pérégrin que l'on voit chargé de la surveillance des prisonniers de Dymé dans l'inscription C. I Gr. 1543; et c'est le préteur investi à la fois de la préture urbaine et de la préture pérégrine pour l'an 539 qui a celle des prisonniers Sardes, d'après Tite Live 23. 41. 7 ».

En revanche, le monopole des poursuites politiques à l'égard de tous semble appartenir aux tribuns qui ont supplanté les *duumviri perduellionis* [2]. Ils se servent de leur pouvoir, non seulement contre les ennemis de la plèbe, mais contre tous ceux qu'ils considèrent comme ayant manqué à leurs devoirs envers l'État : généraux incapables ou malhonnêtes, magistrats coupables de malversations, particuliers coupables de délits contre l'État. Dans la dernière période de la République, comme plus tard sous le Principat, la procédure de la *perduellio* fut appliquée aux familles royales et princières sujettes de Rome, mais non soumises aux Gouverneurs de provinces. Elle concourt à la répression des délits politiques, mais aussi des infractions commises en masse, et qui, par là, compromettent dangereusement l'ordre public. C'est la réaction de la communauté romaine, — indépendante de la personnalité de l'agent — contre les attentats qui menacent sa sécurité (3).

1) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 260.

2) Cependant les sources mentionnent encore, au temps de Cicéron, un procès dirigé par des duumvirs. Cf. Mispoulet, ***Les Institutions politiques des Romains***, t. I, p. 150. — Les crimes dirigés en première ligne contre des particuliers, tel que le meurtre, l'incendie, sont restés soumis à la compétence des questeurs (Mommsen, *Droit public*, t. I, 184).

3) Th. Mommsen, ***Le droit pénal romain***, t. I, p. 122.

II. — C'est à partir du début du VIe siècle que la puissance de Rome, débordant hors de l'Italie, se manifeste outre mer par l'acquisition des premières provinces. En 513, conquête de la Sicile carthaginoise; en 516, de la Sardaigne et de la Corse; puis vient le tour de l'Espagne. Vers 527 sont instituées les prétures de Sicile et de Sardaigne; en 557 les deux prétures d'Espagne.

Or le pouvoir, en matière pénale, de ces préteurs qui sont les permiers gouverneurs de provinces de l'Empire romain, n'est que le prolongement du pouvoir des officiers généraux commandant les armées romaines.

C'est, on l'a dit, un principe fondamental de la constitution romaine qu'il n'existe pas, sur le territoire appartenant à Rome, d'autre compétence pénale que celle des magistrats de Rome. Mais leurs attributions peuvent être déléguées, et c'est en vertu d'une délégation régulière des consuls et des préteurs que les généraux ou les officiers commandant sous leurs ordres rendent la justice sur les territoires occupés par les armées romaines (1). Leur pouvoir s'exerçant en dehors de la ville, les condamnations qu'ils prononcent ne peuvent être frappées de *provocatio*. C'est pourquoi les consuls aux armées, ou les officiers qui les remplacent (*tribuni militum*) exercent la juridiction capitale en personne, au lieu de s'en dessaisir entre les mains des questeurs. C'est pourquoi des châtiments sont infligés aux soldats, des peines arbitrairement prononcées contre des alliés, et même contre des citoyens. — Quant aux délit privés, le magistrat siège *in jure*, et il institue, pour les pérégrins, des jurys de récupérateurs. Rien n'empêche que les procès entre citoyens fussent liés, comme à Rome, par voie de *legis actio;* pour les procès où figurent des pérégrins, la difficulté se présente dans les mêmes termes qu'à Rome, et comporte une solution semblable. — Eh bien! L'autorité confiée aux préteurs qui, depuis le VIe siècle, ont administré la Sardaigne, la Sicile, l'Espagne, fait suite à l'autorité des Généraux qui ont occupé ces provinces. Le champ mobile des opérations est devenu un territoire fixe (2).

Les préteurs provinciaux, attachés par le tirage au sort (*sortitio provinciarum*) à leurs départements respectifs, ont les pouvoirs qu'auraient à Rome les mêmes magistrats, délivrés de la *provocatio* et de l'intercession des tribuns. Ces pouvoirs comprennent non seulement la *coercitio*, mais la juridiction criminelle sous toutes ses formes. Ils s'étendent sur tous les habitants, citoyens ou non,

(1) Girard, *Organisation judictaire*, t. I, p. 316 et suiv.
(2) Mommsen, *Droit public*, t. I, p. 58-68.

de la province [1]. — Les procès entre citoyens se lient, comme à Rome, au moyen de la *legis actio*. Il en fut de même, vraisemblablablement, de certains procès entre pérégrins: pour d'autres, il est possible que le magistrat donnât par écrit aux récupérateurs des instructions qui seraient le prototype de la formule [2]. On a conjecturé qu'il s'inspirait, en le faisant, d'une pratique locale [3]. Comme ils avaient respecté le droit municipal des cités latines, comme ils respectaient le droit des nations sujettes auxquelles ils avaient laissé leurs institutions judiciaires et leur autonomie, les Romains imposaient aux magistrats qu'ils envoyaient dans les provinces l'observation des coutumes provinciales. En face de la grande variété des législations pénales reconnues dans l'Empire romain, les autorités romaines avaient pour mission de les appliquer toutes également, chacune dans sa circonscription. Cette tolérance se prolongea jusqu'à la fin de la période républicaine [4].

Le juridiction pénale des Gouverneurs de provinces, sous la République, subit les restrictions suivantes :

1° Dans le courant du VI[e] siècle, des infractions qui compromettaient la sûreté publique, des crimes graves, furent l'objet d'instructions extraordinaires dirigées par le Sénat. Ainsi, l'instruction ouverte en 568, après la découverte de la conjuration des Bacchanales; les poursuites de *veneficiis* confiées en 570 au préteur de Sardaigne; celles qui, en 574, furent confiées dans le rayon de la première borne milliaire au préteur pérégrin, et au delà, au préteur de Sardaigne. Ce sont les *quæstiones extraordinariæ*, auxquelles succèdent, à partir de l'an 605, les *quæstiones perpetuæ*, œuvre de jurys permanents, généralement présidés par le préteur [5]. L'instruction devant ces jurys présente un caractère hybride.

(1) Le pouvoir de juridiction des gouverneurs à l'égard des citoyens est attesté notamment par les Verrines. Ce que Cicéron reproche à Verrès (Verrines, livre V, LXI-LXVII), ce n'est pas, vis-à-vis d'un citoyen romain, l'acte de juridiction lui-même, c'est l'abus qu'il a fait de son pouvoir (Mispoulet, *op. cit.*, t. II, p. 97). Cf. Mommsen, *Droit public*, t. III, p. 131.

(2) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 322. *Contrà*, Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 850, n. 2.

(3) Fliniaux, *Nouvelle Revue historique*, 1909, p. 538-545; Girard, *Manuel*, p. 1041.

(4) Mommsen, *Droit pénal romain*, t. I, p. 137. — Sur le respect des autorités romaines envers le droit des peuples vaincus et annexés, v. en particulier Egger, *Études sur les traités publics*, p. 170 et suiv.

(5) Bouché-Leclercq, *Manuel*, p. 153; Mommsen, *Strafrecht*, p. 145-147, *Droit public*, t. IV, p. 289; Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 322; Cuq, *Manuel des Institutions juridiques*, p. 554, n. 8.

Comme dans le procès public, la distinction des deux phases (*jus* et *judicium*) est absente. Comme dans le procès privé, l'accusation est formée par un particulier, auquel incombe la charge de la preuve (1). C'est le régime de l'*accusation populaire*; mais le droit d'agir est réservé aux citoyens (2). La procédure des *quæstiones* finit par englober tous les crimes, même le meurtre et la trahison. A partir du temps de Sylla, elle est devenue la forme ordinaire de la juridiction criminelle. A la fin de la République, ou au plus tard sous Auguste, elle a fait disparaître, pratiquement, le pouvoir judiciaire des comices (3).

2° M. Mommsen a soutenu que, dans les provinces, la juridiction criminelle vis-à-vis des indigènes appartenait, en premier lieu, aux tribunaux locaux (4). Mais les tribunaux locaux ne furent organisés que par la loi Rupilia de l'an 622 pour la Sicile, et sensiblement plus tard pour la Sardaigne et l'Espagne (5). Dès ce moment, il est vrai de dire que la population romaine, dans les provinces de la République, étant peu nombreuse, la juridiction des gouverneurs dut être restreinte.

3° Il est surtout vrai de dire que la juridiction criminelle des gouverneurs de provinces à l'égard des citoyens romains subit les conséquences de l'extension progressive de la *provocatio*.

III. — Cette extension se produisit d'abord lorsqu'il fut décidé que les condamnations prononcées par le dictateur lui-même, dont les pouvoirs extraordinaires procèdent de ceux du roi, pouvaient être frappées de *provocatio* (6).

Elle se poursuivit par la concession du droit de *provocatio* aux Latins. La *lex repetundarum* du temps de C. Gracchus donne (631-632) comme récompense au citoyen d'une ville de droit latin qui a triomphé dans un procès de concussion le choix entre le droit de cité romaine, et le droit de *provocatio* aux comices (7). —

(1) Mommsen, *Droit public*, t. I, p. 190; t. III, p. 256.

(2) Schulin, *op. cit.*, p. 560; Mommsen, *Droit pénal romain*, t. II, p. 8. Losqu'un provincial voulait porter plainte, il était obligé de recourir à l'intermédiaire d'un citoyen (Laboulaye, *op. cit.*, p. 340).

(3) Laboulaye, *op. cit.*, p. 109.

(4) Mommsen, *Strafrecht*, p. 235-238.

(5) Girard, *Organisation judiciaire*, I, p. 327.

(6) M. Girard, place cette réforme avant le milieu du VIe siècle (*Organisation judiciaire*, t. I, p. 232).

(7) *Lex repetundarum* de 631-632, ligne 78-85. Cf. Th. Mommsen, *Droit pénal romain*, t. I, p. 128; *Droit public*, t. VI, p. 257.

Pourtant, dans un système, les Latins auraient dû auparavant exercer, au même titre que les Romains, le droit de *provocatio*, lorsqu'ils étaient jugés à Rome (1). — L'intérêt de la question s'évanouit, lorsqu'en 664, après la guerre sociale, la loi *Julia municipalis* accorda collectivement la naturalisation à tous les Latins d'Italie (2).

Enfin, le droit de *provocatio* put être exercé *même à l'égard de crimes commis par des citoyens à plus d'un mille de Rome.* Cette réforme est le fait des lois *Porciæ* (3). Il en résulta que l'instruction et le jugement de tous ces crimes furent renvoyés à Rome, aux questeurs et aux comices. Les magistrats supérieurs étaient, en effet, privés du droit de prononcer la sentence sujette à recours devant le peuple. Le général faisait sans doute arrêter l'accusé et l'envoyait à Rome pour y être jugé (4). Selon la nature de l'incrimination, le procès était jugé par les questeurs, ou, en matière politique, par les tribuns (5).

Cet élargissement de la *provocatio* détermina l'affirmation d'un principe que les Romains s'attachèrent aussi à faire prévaloir vis-à-vis des villes fédérées, et des États autonomes. C'est qu'un citoyen romain, quels que fussent le lieu du délit et la qualité du demandeur, ne pouvait être poursuivi pénalement que devant la justice romaine (6). Ainsi, le droit pénal de ces États, non plus que leur droit civil, ne devaient être applicables aux citoyens romains (7).

« Lorsque l'autonomie de l'île de Chios fut confirmée en 674-680 par le Sénat, écrit Mommsen (8) « ὅπως οἱ παρ' αὐτοῖς ὄντες Ῥω[μαῖο]ι τοῖς γειῶν ὑπακούωσιν νόμοις » (C. I. G. 2222), il put y avoir là une faveur exceptionnelle. Mais la question se pose aussi de savoir si les lois pénales de Chios, notamment les lois pénales publiques, sont comprises dans cette reconnais-

(1) En ce sens, Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 256.

(2) Schulin, *op. cit.*, p. 50; Girard, *Manuel*, p. 113.

(3) Loi *Porcia*, antérieure à l'an 646, et due peut être à Caton l'Ancien, qui étend la *provocatio* aux crimes capitaux commis par les citoyens hors de la ville. Cf. Mommsen, *Droit public*, t. III, p. 133. Les lois *Porciæ* étendirent aussi le *jus provocationis* au territoire militaire.

(4) Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 235; Mommsen, *Strafrecht*, p. 31, n° 3.

(5) Girard, *Organisation judiciaire*, *eod. loc.*

(6) V. sur l'exercice du *jus provocationis* le passage intéressant de Bodin, *Les six livres de la République*. Paris, 1583, liv. I, chap. VI, p. 81.

(7) Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, 1888, p. 54.

(8) Mommsen, *Le droit pénal romain*, t. I, p. 129.

sance d'autonomie. Quand le citoyen romain Paul fut conduit devant l'Aréopage d'Athènes (1), ce n'était que l'introduction d'un procès auquel on ne donna pas suite. Cela ne prouve donc pas le droit, pour l'Aréopage, de punir un citoyen romain par voie de procédure criminelle ».

Section III

Sous l'Empire.

Sommaire. — La Cour judiciaire de Rome et sa compétence. — La compétence des gouverneurs de provinces à l'égard des étrangers et des citoyens : abolition progressive du *jus provocationis*. — Application, dans les provinces, de la législation pénale de Rome : formation d'un droit pénal commun à tout l'Empire. — Compétence respective des tribunaux des gouverneurs de provinces : prépondérance du *forum domicilii*. — Développement de la procédure extraordinaire et prépondérance du *forum delicti*. — *Forum deprehensionis*. — Prévention.

Le pouvoir répressif est entre les mains de l'Empereur. Il résulte de l'*imperium*, que l'Empereur possède complet, en vertu de sa puissance tribunitienne, soustrait à tout recours devant le peuple. Ce pouvoir, l'Empereur l'exerce lui-même, ou le délègue à des magistrats.

On a dit plus haut (2) que dès le règne d'Auguste le pouvoir judiciaire des comices a disparu. Les anciens jurys (*quæstiones perpetuæ*) ont, en fait, cessé de fonctionner. D'Auguste à Dioclétien, la juridiction du Sénat subsiste donc seule, avec celle des consuls, ressucitée par l'Empire (3). Le Sénat, peu soucieux d'endosser la responsabilité de sentences dictées par le pouvoir, laisse tomber son droit en désuétude. A partir du IIIe siècle, l'unité de juridiction est rétablie au profit des fonctionnaires impériaux : le préfet de la ville, dont la compétence normale s'étend jusqu'à la centième pierre milliaire des différentes routes partant de Rome (4); le préfet du prétoire, auquel étaient peut-être assignés les territoires plus éloignés de l'Italie; le préfet des vigiles et le préfet de l'annone, dont la compétence était relative à certains délits spéciaux.

(1) *Actes des Apôtres*, chap. XVII. — Devant le gouverneur Festus, Saint-Paul se prévaut avec succès de sa qualité de citoyen pour être jugé à Rome (Actes des Apôtres, chap. XXV). — Pline le Jeune, gouverneur d'Asie, poursuivant les chrétiens, écrit à Trajan qu'il a mis à part ceux qui sont citoyens romains, pour les envoyer à Rome : « Fuerunt alii similis amentiæ, quos, quia cives Romani erant, annotavi, in urbem remittendos » (Lettres de Pline à Trajan, n. 96).

(2) Cf. p. 59.

(3) Mommsen, *Droit public*, t. I, p. 190; t. V, p. 246.

(4) Ulpien, D. I. 12. 1. 4.

En dehors de leur compétence territoriale, les autorités judiciaires de Rome connaissent de certaines infractions qui mettent gravement en danger l'ordre public, *quels que soient le lieu du délit, et la personnalité du délinquant* : péculat, *repetundæ*, crime de lèse-majesté (1), *ambitus*, falsification de monnaie romaine ou d'un testament (2).

Ces réserves faites, ce n'est pas nécessairement à Rome, c'est dans le ressort juridictionnel où il habite que l'inculpé, qu'il soit ou non citoyen romain, aura à répondre de son délit. Car tout citoyen romain a sa patrie générale à Rome (*Roma communis patria*), mais il a sa patrie spéciale dans la ville où il est établi (3).

En dehors des autorités répressives de Rome, on a signalé l'existence de tribunaux avec ressorts : préfectures italiques, juridictions municipales, institutions judiciaires des pays annexés à l'Empire mais auxquels le Gouvernement romain a laissé une certaine autonomie. Sur la compétence précise des préfectures italiques, dans leurs rapports avec les autorités de Rome, nos sources sont muettes. Les tribunaux municipaux perdent progressivement leur pouvoir de juridiction criminelle qui se réduit à l'exercice de la *coercitio* (4). Les juridictions indigènes qui ont subsisté longtemps, notamment en Égypte (5), chez les Juifs (6), ne fonctionnent plus, dès le début du Principat, que sous la réserve du pouvoir de confirmation réservé, en matière capitale, aux Gouverneurs

(1) Bouché-Leclercq, *Manuel des Institutions romaines*, p. 455; Mommsen, *Droit pénal*, t. I, p. 318; Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 554.

(2) A l'égard de ces infractions, tous les habitants de l'Empire, sans excepter les citoyens des villes libres, sont soumis aux autorités de Rome. A cette règle se rapporte sans doute le texte précité (*suprà*, p. 45, n. 5) de Proculus, D. 49. 15. 7. 2 : *At fiunt apud nos rei ex civitatibus fœderatis et in eos damnatos animadvertimus*. Cf. Mommsen, *Droit public*, t. VI, p. 335.

(3) Gaius, 1 *ad Ed. prov.*, D. L. 1. 29.

(4) Sur la restriction, en Italie, du pouvoir des juridictions municipales commencée dès la fin de la République, Esmein, *Mélanges*, p. 269 et suiv. Ulpien, D. II. 1. 12. *Magistratibus municipalibus supplicium a servo sumere non licet. modica autem castigatio eis non est deneganda*. Cf. Mommsen, *Droit pénal*, t. I, p. 265.

(5) Mommsen, *Droit pénal*, t. I, p. 133.

(6) Origène, qui voyagea en Palestine vers 211, rapporte, d'après des observations personnelles, qu'à son époque, l'ethnarque exerçait sur les Juifs une puissance de fait égale à celle des anciens Rois. Cf. Mommsen, *Droit pénal*, t. I, p. 139.

de provinces (1). C'est, en réalité, entre les mains des Gouverneurs que le pouvoir répressif est concentré.

Dans les provinces impériales, ils l'exercent eux-mêmes, en qualité de propréteurs, avec l'assistance de *comites* ou assesseurs; ou encore la juridiction est déléguée directement par l'Empereur à des *legati*. Dans les provinces sénatoriales, elle est attribuée à un légat ou à un questeur (2).

Ces magistrats ont la *juridictio*, en vertu de laquelle ils connaissent des procès privés. Ils ont la *coercitio*, et, grâce à elle, peuvent infliger aux provinciaux comme aux citoyens les peines les moins graves. S'appuyant sur les lois criminelles nouvelles, étendue aux délits visés par celles-ci, cette *coercitio* devient une justice criminelle proprement dite (3). La délégation par l'empereur du *jus gladii*, ayant pour conséquence l'abolition du *jus provocationis*, étend cette justice criminelle aux citoyens (4).

La juridiction des gouverneurs de provinces ainsi reconnue et agrandie, un double problème se pose : celui de la compétence législative, celui de la délimitation de leurs ressorts respectifs.

Sur le premier point, on a signalé le respect que, pendant toute la période républicaine, les autorités romaines semblent avoir observé à l'égard des lois locales, qu'il s'agit des lois de procédure, ou des lois pénales proprement dites. Mais l'unification de l'Empire devait avoir pour conséquence la généralisation du droit pénal romain. C'est une évolution dont il est aisé de pressentir le développement logique.

Sous la République, il est peu vraisemblable que, devant le préteur pérégrin à Rome, il ait pu être question d'une application, dans les litiges entre étrangers, de leurs lois pénales personnelles. Cette conclusion s'attache nécessairement, pour les actions nées de délits privés tels que : le *furtum* ou le *damnum injuria datum*, à la fiction de cité contenue dans la formule (5). Il ne paraît pas, d'autre part, que toutes les règles concernant l'exercice et le jugement des actions délictuelles entre citoyens aient pénétré dans l'édit du préteur pérégrin. Mommsen cite comme exemple la perquisition à domicile pratiquée en cas de vol, à laquelle se lient

(1) Mommsen, *loc. cit.*

(2) Cuq, *Institutions juridiques*, t. II (1902), p. 727.

(3) Mommsen, *Droit pénal*, t. I, p. 282.

(4) Mommsen, *Droit public*, t. V, p. 257. Le *jus gladii* résulte de la délégation faite par l'Empereur aux magistrats du droit qui lui appartient de prononcer la peine capitale.

(5) Gaius, IV, 37.

des actions spéciales, et qui a dû rester propre aux procès entre citoyens (1). Mais, le plus souvent, les institutions dont le préteur pérégrin assurait la protection pénale, telles que le mariage par la répression de l'adultère, le testament par la répression du faux, étaient des institutions du droit des gens. Par la juridiction du préteur pérégrin, le droit des étrangers a emprunté au droit civil la plus grande partie de ses dispositions. Son Édit est devenu la principale source de ce *jus gentium* que Gaius a défini plus tard un droit « *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* » (2). — Pour les délits publics, aucune objection ne pouvait s'opposer à l'application de la loi romaine, loi territoriale, intervenant en vertu de l'*imperium* du magistrat.

Puis, pour toutes les affaires intéressant la communauté romaine, comme la *perduellio*, les crimes jugés par les *quæstiones perpetuæ*, le but même de la répression entraînait l'application aux inculpés étrangers de la loi romaine.

Enfin, il arriva de plus en plus souvent, sous l'Empire, que les constitutions des empereurs vinrent compléter, ou contredire et abroger certaines dispositions particulière des droits locaux (3). Ainsi se superposa aux législations spéciales un droit pénal commun à tout l'Empire. Après l'adoption du christianisme comme religion d'État sous Théodose Ier, la législation chercha à faire pénétrer partout, avec la croyance nouvelle, les notions de morale et les préceptes de droit qui lui étaient attachés. Et l'évolution se termina par l'extension du droit de cité romaine, qui appartint finalement à tous les citoyens des villes de l'Empire.

Dès lors, le problème de compétence judiciaire ne pouvait se poser que comme un problème de droit interne. Il s'agissait de délimiter le ressort de juridictions soumises à une souveraineté unique. Mais les compilations de Justinien sont si fécondes en renseignements sur ce sujet, et leurs dispositions devaient être si souvent interprétées et invoquées par les représentants de la doctrine

(1) V. Mommsen, *Droit pénal romain*, t. I, p. 138.

(2) Gaius, I. 1. Cf. Mommsen, *Droit public*, t. VI, p. 222.

(3) Sous Antonin le Pieux, on interdit au propriétaire de tuer son esclave, et on abroge les dispositions contraires des lois particulières (Gaius, 1. 53). — Sous Dioclétien, il semble que la polygamie soit interdite à tous les sujets de l'Empire (Code, 5. 5. 2). — Une constitution d'Hadrien interdisant l'inhumation dans les villes est interprétée en ce sens qu'elle supprime tous les statuts particuliers contraires parce que le droit d'empire abroge les droits locaux (Dig., 47. 12. 3 pr.). Cf. Mommsen, *Droit pénal romain*, t. I, p. 140.

italienne qu'on ne saurait se dispenser de les exposer en terminant.

La règle en vigueur, dont il faut chercher l'origine dans les principes traditionnels de *l'ordo judiciorum*, c'est que la compétence est déterminée par le domicile de l'inculpé. Le Gouverneur connaît des infractions commises « par les hommes de sa province ». Les *judicia peregrina* que prohibe une Constitution de 373 ap. J.-C. (C. Th. IX. 1, 10 et IX. 1. 16) sont des actions pénales contre des personnes domiciliées hors du ressort du tribunal.

Les textes qui énoncent cette règle le plus nettement sont les suivants : Digeste I. 18, 3 (Paul) : « *Præses provinciæ in suæ provinciæ homines tantum imperium habet...* ». — Sous Marc-Aurèle, le Gouverneur d'Achaïe accueille une action de meurtre contre un Tyrien, parce que celui-ci a acquis le droit de cité athénienne (γράφονται τὸν σοφιστὴν φόνου... ὡς ἕνα Ἀθηναίων, ἐπειδὴ φυλή τε ἦν αὐτῷ καὶ δῆμος Ἀθήνησιν, Philostrate, vita Soph. 2, 19, 3). — C. III. 13, 5 *Impp. Arcadius et Honorius A. A. Vincentio p. p. Galliarum : In criminali negotio rei forum accusator sequatur.* D'autres textes, par les interpolations mêmes dont ils ont été l'objet, en vue de consacrer la solution opposée, attestent l'existence de la règle primitive (1).

Mais des exceptions sont apportées à cette règle. Progressivement, la compétence territoriale, la compétence du Gouverneur de la province où l'infraction a eu lieu, est reconnue. Il dut en être ainsi d'abord pour la *coercitio*, pour l'exercice de la répression publique. Les effets territoriaux de l'*imperium* furent admis dans les provinces pour les mêmes raisons qui les avaient fait reconnaître, très anciennement, à Rome. Le magistrat, qui ne peut accomplir d'actes de sa charge que dans les limites de sa province (2), qui ne peut exiler que de sa province (3), qui ne peut imposer de résidence que dans une localité de son ressort (4), connaît en revanche de tous les délits commis sur son territoire. Mais la prépondérance du *forum delicti* s'est étendue, aussi, à la justice privée. L'entorse à la règle primitive semble avoir été introduite

(1) D'après Celsus, qui vit sous Trajan et Hadrien, Dig., 48, 3, 11, l'accusé arrêté doit être interrogé par le gouverneur de la province où a eu lieu l'arrestation, puis être livré *ex causa* (ce qui est peut-être une addition postérieure) à sa cité d'origine. — Pour l'époque d'Antonin le Pieux, la solution exceptionnelle consacrée pour les esclaves par D. 48, 2. 7. 4. permet de dégager *a contrario* la règle générale qui est l'attribution de compétence au *forum domicilii*.

(2) Paul, II, 1, *De jurisdictione*, 20. *Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Idem est si supra jurisdictionem suam velit jus dicere.*

(3) Code Théodosien, 9, 40. 12.

(4) Dig., 48, 22, 7, 1.

d'abord pour les personnes non domiciliées dans l'Empire, en particulier pour les esclaves. Ulpien, D. 48, 2, 7, 4 : *Divus Pius rescripsit servos ibi puniendos ubi deliquisse arguantur dominumque eorum si velit eos defendere non posse revocare in provinciam suam, sed ibi oportere defendere ubi deliquerint.*

L'exception s'étend ensuite à tous les cas dans lesquels la poursuite est engagée suivant la procédure *extra ordinem* (1), dont certains auteurs ont vu l'origine dans la *cognitio* criminelle à l'égard des étrangers (2), et qui se généralise au IIIe siècle. Comment la compétence, alors, ne serait-elle pas territoriale, puisque la *cognitio* peut commencer *in rem*, le magistrat ayant connaissance du fait punissable, mais ne soupçonnant pas l'agent? — Sont soumis à ce régime les auteurs de délits commis avec violence : Paul. Dig., I, 18, 3 : *Præses provinciæ... habet interdum imperium et adversus extraneos homines si quid manu commiserint : nam et in mandatis principum est, ut curet is qui provinciæ præest malis hominibus provinciam purgare, nec distinguuntur unde sint....* les individus coupables de sacrilège (3), d'adultère (4), les sénateurs inculpés de délits dans la province (5).

Enfin, certains textes donnent à la compétence territoriale — soit directement, soit par voie d'interpolation — un caractère général. Notamment le texte fameux :

C. III, 15, 1 : *Quæstiones eorum criminum quæ legibus aut extra ordinem coercentur ubi commissa vel inchoata sunt, vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur criminis perfici debere satis notum est...* », constitution de Septime-Sévère, qui, dans la rédaction précédente, donne à la règle une portée aussi

(1) Cette procédure, qui apparaît sous le Haut Empire, exceptionnellement appliquée à côte de la procédure ordinaire, se substitue progressivement à cette dernière. Elle a été réglementée par Dioclétien (Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, I, 1902, p. 864).

(2) En matière pénale, Schulin voit l'origine de la *cognitio extraordinaria* dans le pouvoir de juridiction criminelle qui sous la République appartient aux consuls et aux préteurs vis-à-vis des étrangers, et qui n'est pas limité par l'exercice du droit de *provocatio* (Schulin, *op. cit.*, p. 583 et suiv.).

(3) Papinien, Dig., 48, 2, 7, 5 : *Cum sacrilegium admissum esset in aliqua provincia, deinde in alia minus crimen, divus Pius... rescripsit postquam cognoverit de crimine in sua provincia admisso, ut reum in eam provinciam remitteret, ubi sacrilegium admisit* : Marcien, Dig., 48, 13, 4.

(4) Code, *Imp. Gordianus*, 9, 9, *Ad legem Juliam de adulteriis et de stupro*, 14.

(5) *Imp. Constantinus*, C. III, 24, 1.

générale que possible, puisqu'elle embrasse non seulement la *cognitio extra ordinem*, mais la procédure accusatoire (1).

A-t-on admis enfin, dans les rapports entre gouverneurs de province, une compétence fondée sur le lieu d'arrestation? Certains textes portent à le croire, notamment le texte cité en dernier lieu, dans sa partie finale « *ubi reperiuntur* » — et d'autres textes, dans lesquels les mots « *ubi degit* » ne doivent pas être interprétés comme désignant *le domicile*, mais le lieu où l'agent *se trouvait*, au jour de son arrestation (2). — Mais d'autres textes, au nombre desquels figure une constitution récente, extraite des Novelles, obligent le magistrat du lieu où le délinquant se trouve à l'arrêter, et à le livrer (*remittere*) sur demande, au gouverneur de la province où le délit a été commis (3).

Il devait résulter, souvent, des règles précédentes, qu'à l'égard d'une même affaire, plusieurs tribunaux fussent également compétents : ainsi, lorsqu'il s'agissait d'un crime grave, la cour judiciaire de Rome, le tribunal du lieu du délit ou du domicile de l'inculpé. La question de préférence se réglait alors, probablement, en faveur de la juridiction qui était saisie la première (4).

(1) Mommsen, *Droit pénal romain*, t. II, p. 24. Pour le caractère général de la compétence territoriale, voir encore Papinien, Dig., 48, 2, 22 : « *Alterius provinciæ reus apud eos accusatur et damnatur apud quos crimen contractum ostenditur* » et Macer, Dig., 48, 3, 7. — Enfin, les Novelles : *Auth. ut omnes obæd. judic. provinc.*, § *Hæc considerantes* (nov. 69, c. 1) : *Qua in provincia quis deliquit aut in qua pecuniarum aut criminum reus sit, sive de terminis, sive de possessione, sive de proprietate, sive de hypotheca aut de alia qualibet occasione vel de qualibet re fuerit reus, illic etiam juri subjaceat, quod jus perpetuum est* ». Devant les tentatives fréquentes faites par les accusés de classes supérieures pour faire venir les procès devant les tribunaux de la capitale, Justinien, dans cette constitution, confirme la compétence du tribunal provincial, et ordonne de s'y soumettre.

(2) C. III, 15, 2. *Impp. Severus et Antoninus. Sciens liberum venumdando plagii crimen committit. Ab eo itaque qui super hoc queri potest aditus competens judex, si is quem puerum ingenuum vendidisse proponis ibi degit, causam cognoscet.*

(3) Macer, Dig., 48, 3, 7. — Nov. 134. *De vicariis et feminis adulteris aliisque capitibus*, c. 5... *Si vero constet eum in alia provincia degere, jubemus ut rector provinciæ, in qua ejusmodi delictum committi contigerit, publicam epistolam mittat ad provinciæ illius præsidem in qua persona delinquens degit, ille vero qui publicas litteras accipit, suo et cohortis suæ periculo eum comprehendat, eumque ad præsidem provinciæ in qua peccavit, transmittat, ut pœnis legitimis subjiciatur.*

(4) En ce sens, Mommsen, *Le Droit pénal romain*, t. II, p. 24 et suiv.

CHAPITRE III

LE MOYEN AGE

SOMMAIRE. — Les divers aspects du Moyen âge. — Application personnelle des lois barbares. — La juridiction ecclésiastique et l'autorité personnelle des évêques. — Avènement, avec la féodalité, d'une personnalité nouvelle, fondée sur l'attachement au sol.

Dans la période troublée qui précède la chute de l'Empire romain, et qui lui succède, la Gaule, l'Espagne et l'Italie sont submergées par les races barbares que les invasions ont amenées de Germanie. Chacune de ces races, soumise à des dominations passagères, est régie par ses lois personnelles.

Dans cette confusion, l'Église romaine, seule, fait revivre l'impression d'unité qui avait sombré avec la décadence du pouvoir impérial. L'autorité de ses évêques, en matière judiciaire, s'exerce, *ratione materiæ*, sur certains actes où les intérêts spirituels sont engagés. Elle s'exerce surtout, *ratione personæ*, sur les clercs.

La domination des princes francs ou lombards efface peu à peu la personnalité des races barbares. Alors, la constitution d'une aristocratie terrienne engendre un état de droit nouveau, où l'attachement au sol est, pour l'individu, la principale source d'obligations. C'est la féodalité.

Tels sont les trois aspects du Moyen âge. La personnalité du droit barbare, le pouvoir de l'Église, le régime féodal ont exercé également leur influence sur l'organisation de la compétence pénale. D'une manière générale, cette influence s'est traduite par le caractère personnel de la compétence, judiciaire ou législative, qui s'empare de l'homme, et qui le suit, quels que soient le lieu et le pays où se déroule son activité criminelle. Mais le caractère et les effets de cette *personnalité* du droit ont varié avec le régime

politique qui en était la source. C'est sur cette diversité d'aspects que nous offre le Moyen âge qu'il importera d'insister surtout.

Section I

La Personnalité du Droit barbare.

Sommaire. — Le mélange des races, résultat des invasions : Romains, Burgondes, Wisigoths et Francs. — L'application personnelle, en matière pénale, des lois barbares. — Ses caractères, rapprochés de la personnalité des lois, dans son acception actuelle. — Unité de juridiction. — Les conflits des lois personnelles. — Prépondérance finale du droit de la race victorieuse. — Décadence de la personnalité des lois en Lombardie.

A la fin du ve siècle, l'Italie est tombée sous le pouvoir de Théodoric et des *Ostrogoths*. Les *Burgondes*, vainqueurs d'Attila sous le commandement d'Aetius, se sont répandus hors de la Savoie; ils ont occupé la Première Lyonnaise, et depuis 475, la vallée du Rhône tout entière. Le Sud-Ouest de la Gaule, l'Aquitaine, la Narbonnaise sont aux mains des *Wisigoths*, dont la domination s'étend, sous le règne d'Euric (466-483) au Berry, au Limousin, au Rouergue, puis à l'Espagne entière. Les *Francs*, encore cantonnés dans le Nord, vont assister, avec Clovis, au prodigieux essor de leur puissance. Vainqueurs, en 486, de Syagrius et des Romains établis entre la Seine et la Loire, puis, à Tolbiac, des Alamans dont la défaite leur livre toute la Franconie entre le Main et le Neckar, puis, en l'an 500, des Burgondes, puis, à Vouillé, des Wisigoths, ils se rendront maîtres de la Gaule depuis la Somme jusqu'aux Pyrénées. Les partages, les dissensions entre les fils de Clovis, puis entre les fils de Clotaire remplissent le vi^e^ siècle, brisant l'unité du Royaume franc. Enfin le vi^e^ siècle finissant voit, après la mort de Théodoric et la chute du Royaume ostrogoth, la dernière invasion, non la moins terrible, celle des *Lombards*, qui feront tomber sous leur joug la plus grande partie de l'Italie.

Si, dans ce tumulte des invasions, la puissance politique de l'Empire d'Occident a sombré, ni les mœurs, ni la culture, ni les institutions de la Rome impériale ne se sont effacées. L'Empire subsiste, *idéalement* (1). En Italie, Théodoric s'est plié à

(1) Jornandès le constate, au milieu du vi^e^ siècle : « Vis enim cognoscere quomodo respublica cœpit et tenuit, totumque pœne mundum subegit, ut hac-

l'organisation romaine. Il a conservé pour les finances, l'administration, l'armée, l'ordre romain. L'Université qui existait à Rome a été sauvegardée. Théodoric a fait rédiger son fameux *Édit*, tout entier inspiré par les sources du droit romain classique, antérieur à Justinien. — Chez les Burgondes, le roi Gondebaud, lui aussi, a promulgué, d'après les sources romaines, une « *loi romaine des Burgondes* ». — Chez les Wisigoths, en 506, une commission composée de savants, de prêtres et de nobles a préparé, sur l'invitation du roi Alaric, une *lex romana Wisigothorum*, plus tard célèbre sous le nom de *Bréviaire d'Alaric*; et, dans tout le sud de la Gaule, le souvenir des institutions romaines reste vivant; le personnel romain est toujours là. Clovis sera très honoré de recevoir les insignes de patrice; et, parmi ses successeurs, il en est qui traiteront les empereurs en souverains.

Mais, se superposant à la civilisation romaine, dont la supériorité seule assure le maintien, la domination barbare s'affirme. Elle s'affirme par l'originalité persistante des coutumes, qui régissent les hommes de chaque race. Les Burgondes, qui furent d'abord des vaincus, ont pu subir plus que d'autres l'influence romaine, comme ils se soumirent davantage à la puissance du clergé; mais la loi Gombette, faite pour eux seuls, et qui les régit, à l'exclusion de la « *lex Romana Burgundionum* », la loi Gombette, sorte de tarif de dommages et d'amendes atteste qu'ils en sont restés à la phase primitive des compositions. Les Wisigoths ont dépassé cette phase, au moins pour le meurtre qu'ils punissent de mort; mais ils ont aussi leur droit spécial, qui fut codifié par leurs rois Euric, Léovigild et Reccared. Et c'est surtout aux Francs, dont le contact avec la Germanie n'a pas cessé, dont la race a vaincu toutes les autres, qu'est due la conservation du droit barbare. C'est dans la loi salique, antérieure à Clovis, que sont réunies et consacrées les institutions pénales les plus étrangères au monde romain : le droit de vengeance réservé à la famille de la victime; la faculté offerte au meurtrier de composer avec elle en lui offrant le prix du sang ou *wergeld* (1); et, pour la

tenuis vel imaginarie tenet » (Lavisse et Rambaud, *Histoire générale du IVe siècle à nos jours*, t. I, *Les Origines*, p. 74 et suiv.).

(1) Fustel de Coulanges, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*, Paris, 1888, p. 472 et suiv. — V. par exemple la loi Salique, L. 5 : *De vita culpabilis esse debet aut quantum valet se redimat*. Le coupable perdra

procédure, les *ordalies* (épreuves par l'eau, par le feu), la *conjuration* (1). Or, dans tous les procès qui concernent des Burgondes, des Wisigoths, des Francs, les sources attestent que seul le droit burgonde, le droit wisigoth, le droit franc s'appliquera. Et c'est en cela que consiste, dans son application aux matières répressives, le principe de la *personnalité des lois*.

Pour caractériser la personnalité des lois, telle qu'elle fut pratiquée à l'époque franque, on l'a opposée à la personnalité des lois étrangères consacrée par les principes, aujourd'hui généralement admis, du droit international privé. La première intervient dans le conflit des lois d'un pays soumis au même pouvoir politique : la nouvelle personnalité intervient dans le conflit des lois de plusieurs pays régis par des pouvoirs politiques distincts et indépendants (2). En prescrivant l'application, aux hommes de différentes races habitant sur leur territoire, de leurs droits personnels, les rois wisigoths, burgondes ou francs faisaient acte de commandement, exerçaient leur souveraineté; tandis qu'aujourd'hui l'application aux sujets étrangers de leur droit national est un hommage à la compétence préférable, donc à la souveraineté d'un État étranger (3). Enfin,

la vie, ou bien se rachètera suivant le prix qu'il vaut. — La composition nécessitait le consentement des deux parties (Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 491).

(1) Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2e édit., Leipzig, 1906, t. I, p. 221 et suiv.; Fustel de Coulanges, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*, p. 428. Voir par exemple la loi Salique, XIV, 2, texte de Wolfenbuttel : *Si Romanus francum expoliaverit et (probatio) certa non fuerit, per 25 juratores se exsolvat... Si juratores invenire non potuerit, aut ad ineum ambulet aut solidos 62 culpabilis judicetur. Si certa probatio non fuerit, per 20 juratores se exsolvat.* Si un Romain est accusé d'avoir dépouillé un Franc, et qu'il n'y ait pas preuve certaine, ce Romain se dégagera de l'accusation par 25 jureurs. S'il ne peut trouver de jureurs, qu'il aille à l'épreuve de l'eau bouillante, ou qu'il paye le prix du délit. — Au contraire la loi salique ne mentionne pas le combat judiciaire. Celui-ci apparaît, pour la première fois, dans la loi Burgonde (Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 454).

(2) « La personnalité des lois barbares, écrit M. Laîné (*Introduction au droit international privé*, t. I, p. 65), était intervenue dans le conflit des lois d'un même pays, c'est-à-dire dans le conflit des lois d'un pays soumis au même pouvoir politique : la nouvelle personnalité intervient dans le conflit des lois de plusieurs pays régis par des pouvoirs politiques distincts et indépendants; l'une s'appliquait à une question de droit interne, l'autre s'applique à une question de droit international ». Cf. Laurent, *Droit civil international*, I, p. 235 et suiv. : Catellani, *Storia del diritto internazionale privato*, t. I, p. 218, 264 et suiv.; *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, t. I, (Torino 1883), n° 28, p. 28.

(3) « Tandis que l'ancienne personnalité du droit n'était autre chose que la coexistence paisible, sous le même empire politique, sur le même territoire,

tandis qu'aujourd'hui l'application personnelle des lois étrangères est limitée à certains rapports de droit, le principe de personnalité, à l'époque franque, gouverne le statut de l'homme tout entier, qu'il s'agisse de son état, de sa capacité, de ses droits personnels ou réels, des sanctions civiles ou pénales auxquelles il s'expose (1).

Peut-être, sur ce dernier point, faut-il se garder d'une affirmation trop absolue. Quelques indices portent à croire que les droits réels immobiliers étaient régis soit par des usages locaux, soit, en particulier dans le midi de la Gaule, par le droit romain, demeuré droit territorial (2). Mais il s'agit là d'exceptions, d'une portée très restreinte.

En particulier, sur le terrain du droit criminel, la loi personnelle est seule en vigueur (3).

de lois parallèles exerçant chacune dans sa sphère et sur ses sujets propres, une autorité absolue, la nouvelle personnalité du droit apparait comme le résultat du choc de deux souverainetés, comme un empiètement de l'une sur l'autre, comme l'effacement de la loi locale devant les lois étrangères » (Lainé, *loc. cit.*). — Il est vrai que, dans des ouvrages plus récents, M. Lainé s'est refusé à voir dans le conflit des lois civiles, en droit international privé moderne, un conflit de souverainetés. « L'idée que les souverainetés étrangères imposent en France leurs lois doit être repoussée, dit-il, comme incompatible avec le principe de l'indépendance respective des États » (Lainé, *Considérations sur l'exécution forcée des jugements étrangers en France*, *Revue critique*, 1902, p. 626).

(1) « L'ancienne personnalité était de l'essence des lois ; la nouvelle ne sera, pour bien des esprits, qu'une anomalie, et, jusque dans le dernier état du droit, demeurera une exception » (Lainé, *loc. cit.*, p. 65). Cf. Catellani, *Il diritto internazionale...* : « Les étrangers véritables, écrit cet auteur, les étrangers au sens politique du mot, devaient être exclus d'un ordre juridique établi pour certaines catégories de personnes, et non en considération des rapports de droit » (*loc. cit.*).

(2) En 772, un habitant de Chiusi hypothèque son fonds à Roselle et il promet au créancier « ut det vobis de res movile secundum usu loci istius Rosele » (Troya, *Codice diplomatico longobardo*. V. 2, n. 951, 952 ; Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwickelung des internationalen Privat und Strafrechts bis Bartolus. Erstes Stück. Die Geltung der Stammesrechte in Italien*, München, 1901, p. 5 et suiv.). — Pour la valeur qu'a conservé le droit romain, comme droit territorial, v. Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, t. III, p. 485. « Le droit italique, conféré dans la Gaule à plusieurs colonies romaines, constituait un droit réel et territorial ».

(3) La loi Gombette, rédigée en 488 ou 490 par Gondebaud, dispose formellement que les Romains seront jugés suivant la loi romaine. — Le droit ripuaire veut « *infra pago Ribuario* » mais il laisse à l'*advena* la « *lex loci ubi natus fuit* » (Neumeyer, *op. cit.*, p. 11). — Un capitulaire d'Aquitaine de 768 décide « ut omnes homines eorum leges habeant, tam Romani quam et Salici, et si de alia provincia advenerit, secundum legem ipsius patriæ vivat » (Neumeyer, *loc. cit.*).

Mais, si la personnalité des lois barbares se distingue nettement de l'application extraterritoriale des lois étrangères, elle ne se confond pas non plus, à notre sens, avec la situation de certains États où des populations étrangères, ou annexées, sont demeurées en possession de leurs juridictions et de leurs lois propres (1). Ainsi en est-il des pays dits de capitulations, où les Européens restent soumis à la juridiction consulaire, et de l'Algérie, où les indigènes sont encore régis par la loi musulmane. « La loi territoriale française, en Algérie, a dit notamment M. Lainé (2), se trouve en conflit avec la loi personnelle des indigènes Arabes, c'est-à-dire avec la loi musulmane, et avec la loi personnelle des indigènes Kabyles... Eh bien! L'application des lois musulmanes et kabyles dans ces conditions en Algérie, c'est à peu près le système de la personnalité du droit, tel qu'il fut pratiqué en Gaule au temps des Barbares ». — Or, il existe à notre avis, entre les deux situations, cette différence essentielle. La personnalité du droit, dans les pays de capitulations, et en Algérie, est une *concession* que pour des raisons de politique internationale (Turquie) ou de politique intérieure (Algérie), la race dominante a faite aux races étrangères ou annexées : et cette concession se manifeste par le fait que leurs juridictions ont été conservées, et seules, appliquent leurs lois. A l'époque franque, au contraire, le pouvoir politique fait acte de commandement, œuvre de souveraineté, en assurant l'application des droits personnels (3). Et cette application est faite par les mêmes tribunaux, institués au nom du Roi. Ainsi, chez les Francs, le comte, ou son vicaire, assisté d'un groupe de personnes du pays qui ont été choisies par lui — les *rachimburgs* — connaît également des différends qui intéressent des Francs ou les Romains (4).

(1) Dans notre sens, Neumeyer, *op. cit.*, p. 8.

(2) Laîné, *Introduction*, p. 67.

(3) C'est avec raison que Brunner (*op. cit.*, p. 383) oppose la coexistence des droits de race (*das Prinzip der Stammesrechte*) qui suppose une complète dépendance politique, au principe de personnalité (*Personalitäts-prinzip*). Dans le même sens, Kohler (*Internationales Strafrecht*, Stuttgart, 1917, p. 6 et suiv.) distingue le *Stammesprinzip* du *Heimatsprinzip*. Le *Stammesrecht* est le droit d'une race qui ne constitue pas une unité politique. Le *Heimatsrecht* ou droit personnel est le droit d'un État auquel les individus se rattachent par leur naissance, et qui exerce, sur le territoire étranger, une certaine souveraineté personnelle.

(4) Loi des Ripuaires, édit. Sohm (XXXI, 3) : « *Hoc autem constituimus ut infra pagum Ribuarium tam Franci, Burgundiones, Alamani, seu de quacumque natione commoratus fuerit, in judicio interpellatus sicut lex loci*

Il devait résulter de là de grandes difficultés, de nombreuses erreurs d'interprétation. Le fonctionnaire royal, dit Fustel de Coulanges (1), est ordinairement étranger au pays. S'il est un homme de guerre, il peut bien ignorer la loi ; s'il est de race franque, il ne connaît pas la loi romaine, ni, s'il est de race romaine, la loi franque. Il a pourtant à juger les deux races, et son diplôme de nomination lui enjoint de les juger l'une et l'autre « suivant leurs lois et coutumes », *secundum leges et consuetudines earum*.

On n'insistera pas sur les difficultés communes aux matières civiles et pénales. La détermination du statut personnel devait être sujet de discussions. Les *femmes mariées* — au moins quand il s'agissait d'une femme mariée avec un Barbare, sous le *mundium* duquel elle vivait — prenaient la loi de leur mari, et la conservaient après sa mort (2). Pour déterminer la loi personnelle des *affranchis* (les esclaves n'ayant pas de loi personnelle) on tenait compte du mode d'affranchissement ; l'affranchi était Romain, s'il avait été affranchi suivant l'un des modes fournis par la loi romaine (3). — L'Église, considérée comme corps, vivait, dans les royaumes barbares, sous l'empire de la loi romaine (4) ; mais en était-il de même des membres du clergé pris individuellement ? On l'a cru longtemps ; on croit plutôt aujourd'hui que l'homme de race barbare entré dans le clergé pouvait revendiquer sa loi d'origine (5). — L'étranger, l'homme qui n'appartient à aucune des races reconnues dans le royaume, et qui, en principe, n'a aucun droit, celui que les sources appellent *waregangus*, *wargengus*, *wargenga*, est régi par la loi personnelle de son patron, c'est-à-dire le plus souvent du

continet, ubi natus fuit, sic respondeat ». Cf. Walter, *Corpus juris germanici antiqui*, Berlin, 1824, t. I, p. 172. — V. dans les formules de Marculf (I, 8), la formule de nomination d'un comte : « *Actionem comitatus... in pago illo... tibi ad agendum regendumque commisimus, ita ut... omnis populus ibidem commanentes tam Franci, Romani, Burgundiones, vel reliquas nationes recto tramite secundum legem et consuetudinem eorum regas..., latronum et malefactorum scelera a te severissime reprimantur* ». Cf. Walter, *op. cit.*, t. III, p. 294 ; Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 3e édit., 1898, p. 56 ; Fustel de Coulanges, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France* ; la *Monarchie franque*, 1888, p. 331. *Contrà*, seulement Maurer, *Geschichte der Städteverfassung in Deutschland*, IV, 23).

(1) Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 375.

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 57 et suiv.

(3) Loi des Ripuaires (LXI, 1, 2) : « *Si quis servum suum libertum fecerit et civem Romanum... quod si aliquid criminis admiserit secundum legem Romanam judicetur* ».

(4) Loi des Ripuaires, LVIII, 1... *secundum legem Romanam, quam ecclesia vivit...* Cf. Catellani, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, t. I (Torino, 1883), n. 17, p. 27.

(5) Loening, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, II, p. 286 et suiv.

Roi. Alors, quand il est victime d'un délit, le *wergeld* tombe dans les mains du Roi (1).

Dans les procès de nature pénale où des hommes de races différentes étaient engagés, l'un jouant le rôle de plaignant, l'autre d'inculpé, il devait être délicat de savoir, pour le règlement de l'indemnité et la détermination de la peine, laquelle des deux lois aurait la préférence (2).

Le principe d'équité qui, dans le droit romain traditionnel, avait déterminé l'attribution de compétence au *forum domicilii*, devait faire préférer la loi du coupable. On trouve cette solution, notamment, dans la *loi ripuaire* (3). Elle est formulée au profit d'un Romain, et peut s'expliquer par une influence romaine. Certains auteurs pensent qu'elle avait une portée générale dans le royaume franc (4).

Mais dans une époque où le système des compositions pécuniaires est encore dominant, où le procès pénal ne se présente que sous la forme accusatoire, le droit à la réparation joue un rôle prépondérant. Partant de cette idée, il est possible que le montant du *wergeld* fût fixé d'après la loi personnelle de la partie lésée. C'est ce qui paraît résulter, tout au moins, d'une disposition de l'*Édit* des rois lombards (5).

(1) Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2e éd., Leipzig 1906, t. I, p. 399 et suiv.

(2) A la fin du XIIe siècle, Magister Aldricus pose la question suivante : *Sed queritur, si homines diversarum provinciarum, quæ diversas habent consuetudines, sub uno eodemque judice litigant, utram earum judex qui judicandum suscepit sequi debeat?* Peu d'années après, un canoniste inconnu de Bologne se demande : *Quid enim dicemus, si diversæ sunt consuetudines actoris et rei?* (Cf. Neumeyer, *op. cit.*, p. 8 et suiv.).

(3) La loi des Ripuaires (LXI, 2) parlant d'un homme qui vit selon la loi romaine, s'exprime ainsi : « *Quod si aliquid criminis admiserit, secundum legem romanam judicetur* ». De même, *Lex Reb.*, XXXI, 4 : « *Quod si damnatus fuerit, secundum legem propriam, non secundum Ripuariam, damnum sustineat* ».

(4) Esmein, *Cours élément.*, p. 56; Kohler, *Studien aus dem Strafrecht* (Mannheim, 1890). *Das Strafrecht der italienischen Statuten vom 12-16 Jahrhundert. Allgemeiner Teil, Erste Hälfte*, p. 4. — La même solution se trouve dans les capitulaires italiques : *Liber Papiensis*, Loth, 38 : « *Quod si in offensione sua contra eandem legem fecerit, eidem legi quam profitetur, subjacebit* », et dans le vieux droit milanais de 1216. — La procédure, l'administration de la preuve étaient régies également par la loi personnelle de l'inculpé. V. les textes cités par Brunner, *op. cit.*, t. I, p. 387.

(5) L'Édit décide que le wergeld doit être payé suivant le droit de la personne lésée : *secundum nationem* (Kohler, *loc. cit.*). On peut invoquer égale-

Enfin, il est vraisemblable que, la domination barbare s'affirmant, dans le conflit des lois personnelles, le droit de la race victorieuse finit par être toujours préféré. La solution est constante dans le Royaume des Burgondes, où deux races d'hommes seulement, les Romains et les Burgondes, furent en présence. Dans leurs rapports entre eux, les Romains conservaient la jouissance des lois romaines. Quant aux procès entre Romains et Burgondes, ils devaient être tranchés, quelle que fût la position respective des parties, par la loi Burgonde, rédigée sous Gondebaud (1). Il en fut de même probablement dans le royaume des Wisigoths où il n'y avait aussi que deux races en présence, au moins à partir du jour où leur loi fut rédigée, sous le roi Euric. — Et même chez les Francs, la disposition de la loi Salique qui fixe à des taux inégaux le *wergeld* (prix de la vie) d'un Franc et d'un *possessor Romanus* — 200 Solidi pour le Franc, 100 Solidi pour le Romain — prouve que dans tout procès pénal où se trouvaient engagés un Romain et un Franc, quelle que fût leur position respective, c'était toujours la loi franque qui s'appliquait (2).

Ainsi, l'on s'explique qu'en définitive ce ne fut pas la loi qui représentait, dans l'évolution classique du droit pénal, le stade le plus avancé, qui prévalut. Bien au contraire, certains usages pri-

ment ce passage précité de la loi Ripuaire, LXI, 2, qui, envisageant le cas d'un affranchi romain, ajoute : « *Et qui eum interfecerit centum solidis multetur* ». Et le capitulaire italien de Pépin (790) : « *De diversis generationibus hominum quœ in Italia commanent volumus, ut ubicumque culpa contigerit, unde faida crescere poterit, pro satisfactione hominis illius, contra quem culpaverit, secundum legem ipsius, cui negligentiam commiserit, emendet* (Walter, *op. cit.*, t. III, p. 616. Cf. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. I, p. 385). — En France, il résulte des formules et de Sidoine Apollinaire que les Romains s'habituèrent aux compositions. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit*, p. 361 et suiv. Cf. Catellani, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, vol. I, Turin, 1883, n. 27, p. 27; Brunner, *op. cit.*, p. 385 cite un capitulaire de Louis Ier de 816.

(1) Legis Gundobadæ forma, éd. de Salis, § 2 : « *Omnes itaque administrantes ac judices secundum leges nostras quæ communi tractatu compositæ et emendatæ sunt inter Burgundionem et Romanum judicare debebunt.... § 8, Inter Romanos vero... Romanis legibus præcipimus judicari* ». — Walter, *op. cit.*, t. I, p. 302, 303.

(2) Schröder (*Historische Zeitschrift*, N. F., t. XLII, p. 194, 195) cherche à établir que le texte ancien de la loi salique suppose la prédominance de la loi romaine dans les rapports des Francs et des Gallo-Romains. Pour la réfutation, v. Esmein, *Cours élémentaire*, p. 56. Cf. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, p. 260; Zeumer, *Neues Archiv der Gesellschaft für altere deutsche Geschichtskunde*, XXIII, 471; Neumeyer, *op. cit.*, p. 5.

mitifs des peuplades germaniques, la composition pécuniaire (1), la disculpation par le serment des *cojurantes* (2) s'imposaient aux Romains eux-mêmes. Et l'uniforme application d'un droit barbare tendait à se substituer aux complications savantes nées de la personnalité des lois.

C'est en Italie, à partir de l'invasion Lombarde (568) que cette décadence progressive du régime de la personnalité des lois est la plus sensible et le plus intéressante à constater. Après la domination des rois lombards, qui prit fin vers 774, l'Italie dut subir celle des rois francs, Charlemagne, Pépin, Lothaire, Louis II, qui portent le titre d'Empereurs, mais aussi celui de rois des Lombards, et qui sont maîtres du bassin du Pô ; et, après la déposition de Charles le Gros (888), après la période d'anarchie qui suivit, la souveraineté du St Empire germanique. La suzeraineté des Empereurs allemands se manifeste surtout par les incursions périodiques qu'ils font en Italie pour se faire reconnaître soit par l'aristocratie féodale de Rome (Otto III, 996) soit par les princes de Bénévent, Salerne, Capoue (Conrad II, 1026) soit par le Pape (Henri III, 1046) jusqu'à Frédéric Barberousse, qui, au XIIe siècle, entre en lutte avec la ligue lombarde. Mais, comme on le voit, dans cette période agitée, trois influences politiques se sont exercées successivement, et ont superposé ou substitué à la variété des droits personnels l'autorité d'une loi territoriale : le droit lombard d'abord ; les capitulaires des Rois francs ensuite ; et, enfin, les capitulaires des Empereurs.

Le droit lombard, dont la source principale est l'Édit de Rotharic (3), rédigé en 643 « avec délibération et consentement des grands, approbation de l'armée » (c'est-à-dire du peuple) apparaît comme un droit vivant, énergique, original, accommodé aux besoins d'une culture rudimentaire, plein d'égards pour la liberté individuelle, mais tout animé de l'esprit barbare. Le *widrigild* (*wergeld*) la *faida* (*busse*) sont essentiellement des institutions du droit lombard. Et dans le cas où la composition n'est pas payée, les peines infligées ont un caractère sauvage : c'est la flagellation publique, la main coupée en cas de faux témoignage, et en cas de vol, à l'époque carolingienne, la perte de l'œil — la perte du nez pour le récidiviste, et à la deuxième récidive, la mort (4). Or, il résulte des sources que

(1) V. ci-dessus, p. 71, n. 1.
(2) Esmein, *Mélanges*, p. 361 et suiv.
(3) Publié par Bluhme dans les *Monumenta Germaniæ leges* (M. G. L. IV. Cf. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. I, p. 529 et suiv.
(4) *Liber Papiensis*, Karol. Magn., 44, 84.

ce droit lombard est devenu le droit commun de l'Italie, la *lex italica*, la *consuetudo istius regni*. Il exerce une prépondérance de fait, et il régit, dans son ensemble, tous les sujets du Royaume, sans distinction d'origine. Quand finit la domination lombarde, en 774, il est devenu la *lex apertissima ac pene omnibus nota*, comme le Roi Luitprand l'avait nommée (1). Il est enseigné dans des Écoles de « Lombardistes », à *Pavie* d'abord, puis à *Bologne* (2). Il est l'objet d'une science qui se manifeste par des gloses, des dissertations, qui, après des débuts modestes, au début du XIe siècle, s'élève, en 1070, à la hauteur de l'*Expositio* (3); qui trouve son point culminant, à la fin du XIIe siècle, dans l'œuvre de *Karolus de Tocco* (4).

Mais, depuis longtemps, il a subi, lui-même, l'influence des capitulaires des Rois francs (5). Ceux-ci ne se confondent pas avec les *Leges* franques, codification de coutumes dont l'application est personnelle (6); et, parmi eux, une distinction est généralement proposée : (7) d'une part, les capitulaires que Charlemagne, Pépin et ses successeurs ont fait comme rois des Lombards, qui s'imposent seulement à leurs sujets d'origine lombarde; et dont la prépondérance, comme celle du droit lombard lui-même, a dû être plutôt de fait que de droit; — d'autre part, les constitutions que les Carolingiens ont édictées comme empereurs, et dont la portée est *générale* : un capitulaire italien de 801 s'occupe de la répression des valets en fuite (Knechte), que le maître soit Franc ou Alaman, Romain ou Lombard (8). Si l'intervention législative des Rois

(1) Les sources l'appellent encore la *lex italica*, la *consuetudo istius regni*. Cf. Neumeyer, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte* germ. Abt., XX, 249.

(2) Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. I, p. 561. L'enseignement à l'École de Pavie, atteint tout son éclat dès la première moitié du XIe siècle.

(3) Brunner, *op. cit.*, t. I, p. 562. L'*Expositio* se ressent déjà, il est vrai, d'une large influence du droit romain, dont témoignent de nombreux emprunts au Code, au Digeste, et aux Novelles.

(4) Glose de Karolus de Tocco, édition princeps de 1537 (Lombarda glossa, qui contient des dissertations sur le conflit des lois personnelles). Cf. Brunner, *op. cit.*, t. I, p. 563.

(5) Publiés par Boretius et Krause. M. G. *Capitularia*, I et II; Brunner, *op. cit.*, p. 539 et suiv.

(6) Fustel de Coulanges, *La Monarchie franque*, chap. VI; Loning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, II, p. 17 et suiv.

(7) Par exemple, Brunner, *op. cit.*, p. 544.

(8) *Monumenta Germaniæ*, *Capitularia*, I, 206. — Une histoire des Lombards publiée au temps de l'Empereur Henri V parle des rois Rotharic, Gri-

francs n'a pu contribuer à adoucir la répression — car la peine de mort et les mutilations sont prononcées par eux pour certains crimes (1), — elle a dû servir à substituer au régime des compositions le caractère impératif de la peine sociale.

Dès l'époque franque, un mouvement se dessine qui tend à la fusion des capitulaires et du droit lombard (2). Il s'affirme à la fin de l'époque carolingienne, quand Lothaire et Louis II, qualifiant leurs capitulaires de *pro lege tenenda, in legem data*, les regardent comme des compléments de l'*Édit* lombard. Et ce mouvement est suivi par les empereurs germains, qui *tiennent à l'application générale de leurs constitutions* (3) — mais qui, en même temps, les rattachent à l'Édit. Si bien qu'en définitive, la collection des capitulaires italiques, réunie à l'*Édit* des Rois lombards, constitue un ouvrage unique, le *Liber Papiensis* (4). Et, plus tard, à la fin du XIe siècle, dans la rédaction de la *systématique Lombarda*, qui représente l'apogée de la science lombarde, toutes les lois, royales et impériales, se trouvent mêlées au droit lombard (5).

moald, Luitprand, puis des empereurs Charles, Pepin, Louis, Lothaire, Otto, Henri, Konrad et Henri II « quorum unusquisque suo tempore promulgavit leges, quarum quaedam habent vires tantummodo inter Longobardos, scilicet quæ a regibus constituta sunt, aliæ vero omnes quæ imperatores promulgavere ab omnibus qui sunt Romani imperii teneri debent » (*Historia Longobardorum Beneventana*. M. G. *Scriptores rerum longobardicarum* 597).

(1) Esmein, *Cours élém.*, p. 70.

(2) On lit, dans un capitulaire de Charles de 801, où il est question de Francs, d'Alamans et de Romains : « Quocirca nos ea quæ ab antecessoribus nostris regibus Italiæ in edictis legis Longobardicæ ab ipsis editæ prætermissa sunt.... addere curavimus » (M. G. *Capitularia*, I, 204). — Cf. Kohler, *op. cit.*, p. 7.

(3) M. G. *Constitutiones*, I, éd. Weiland. En 967, dans ses Édits sur le duel judiciaire (M. G. *Constitutiones*, I, 27) Otto I écrit : « Quacumque lege, sive etiam Romana, in omni regno italico homo vixerit, haec omnia sicut in his capitulis per pugnam decrevimus servare præcipimus .. ». Les *Quæstiones ac Monita* disent que quiconque vole un Romain doit être puni suivant le droit de la victime, et en même temps suivant le droit capitulaire (§ 7). — Un manuscrit de la fin du Xe siècle appelle les capitulaires : « congruentia omnium legum » (Boretius, *Die Kapitularien im Longobardenreich*, p. 35). — Le Romaniste Ugo oppose l'autorité absolue des capitulaires à l'autorité relative des lois lombardes : « Preterea scire debemus pugnam tantum in Longobardis locum habere, nisi ex imperiali auctoritate descendat : tunc enim, in omnibus obtinet » (Ugo *Summula de pugna. Bibl. juris med. ævi*, I, 5).

(4) Le Liber Papiensis et la littérature qui suit sont publiés dans les *Monumenta Germaniæ leges*, par Boretius, en même temps qu'un « Schema der systematischen Lombarda » de Bluhme.

(5) Bulgarus parle de la Lombarda comme si elle ne renfermait que des lois

Qu'est devenu, devant cette législation centralisée, unifiée, territoriale, le système de la personnalité des lois ? Il subsiste dans la mesure où il a été sauvegardé par l'influence romaine. Car jamais ni les rois lombards, ni les rois francs, ni les Empereurs germains ne se sont rendus maîtres de l'Italie tout entière. Il est, dans les régions du Centre et du Sud de la Péninsule — Istrie, Apulie, Ravenne, Pentapole, Bruttium, Naples, Ligurie — une zone où l'autorité byzantine a prévalu plus longtemps, où la prépondérance du droit romain persiste. Dans le Nord même de la Péninsule, il s'introduira comme un droit personnel contre lequel il est admis, dès le XI[e] siècle, que l'autorité des capitulaires vient se briser (1). Dans un moment où la civilisation progresse, où les mœurs deviennent plus raffinées, sa supériorité sur le droit lombard, même modifié et complété par les capitulaires éclate (2). Et il sera enfin le *jus commune*, le droit commun de l'Italie sur lequel des docteurs — d'autres docteurs de l'École de Bologne — négligeant la personnalité des lois pour s'élever à des conceptions d'une autre portée scientifique, construiront la doctrine italienne des statuts.

impériales (Glose sur C. I, 14, 3 et suiv.). Sur la *Lombarda*, ses éditions successives, les commentaires et l'enseignement dont elle fut l'objet à l'École de Bologne, v. Brunner, *op. cit.*, t. I, p. 563.

(1) *Edictum Pistense*, 864, c. 20, cap. II, 319 : « ... quia super illam legem vel contra ipsam legem nec antecessores nostri quodcumque capitulum statuerunt, nec nos aliquid constituimus ».

(2) Elle est affirmée, notamment, par l'auteur des « *Quæstiones de juris subtilitatibus* » (édit. Fitting, p. 56, 58 et suiv.) ouvrage qui paraît dater de la 3[e] décade du XII[e] siècle, et qu'on a supposé être d'Irnerius. L'auteur combat (tit. I, n° 13, IV, n° 9) les lois impériales ; ailleurs (tit. I, n° 15) le droit lombard : « Quod si quis forte errabundus, alicujus violentiæ successu turgidus legis censuram conetur imitari velut a ves interdum garritu quodam nostra verba simulant, quid hoc legibus valeat auctoritate ni fallor divina subnixis derogare ne cogitari quidem potest... ». Ayant reconnu que les lois nouvelles abrogent les plus anciennes, l'auteur se demande si, en conséquence, les *reges transalpini* peuvent abroger le droit romain : « Hac ratione transalpini quoque reges videntur posse statutis suis abrogare jura romana, cum et ipsi Romæ dudum jam cœperant imperare ». Mais, objecte l'auteur, la source la plus profonde de tout droit est la raison qui donne sa force au droit romain et le fera durer aussi longtemps qu'il y aura un peuple romain : « Reges quidem transalpini potestatem sumpsere, juris autem legumque scientiam notam habere non poterant : illis enim temporibus non modo studia sed et ipsi libri legitimæ scientiæ fere perierant. Taceo, quod illi suo more legibus operam dare nollent, etiam si in promptu haberent. Incognitum ergo jus emendare non erat eis possibile ». Les reges transalpini dont il s'agit, et qui ont régné à Rome, ne peuvent être que les empereurs allemands (Neumeyer, *op. cit.*, p. 37).

Section II

La juridiction ecclésiastique.

Sommaire. — Origine romaine et développement de la juridiction ecclésiastique : les *officialités*; prépondérance du droit romain, en particulier du droit de Justinien. — Compétence personnelle de la juridiction ecclésiastique à l'égard des prêtres, des clercs, etc. — Le problème de la compétence législative; conflits entre les droits particuliers des communautés religieuses : prépondérance habituelle du droit personnel des parties; effet personnel des sentences d'excommunication. — Ces solutions s'accordent avec la prédominance de la procédure *accusatoire*. — Développement de l'*inquisitio*, qui procède de la *cognitio extraordinaria* du droit romain.

Dans le désordre du Moyen âge, l'Église est la seule puissance dont l'action — notamment dans le domaine de la juridiction — s'étend avec efficacité sur des hommes de races différentes, soumis à des dominations temporelles variées. Ce pouvoir judiciaire qu'elle exerce par le moyen des évêques, l'Église le tient de l'Empire romain lui-même (1) qui l'a consacré et organisé dans la législation de Justinien : « Dans une ville presque entièrement chrétienne comme Constantinople, écrit M. de Broglie (2), où l'épiscopat se trouvait la première des dignités, il n'y eut qu'un pas à franchir pour que cet arbitrage conventionnel devînt une juridiction, sinon imposée, du moins reconnue par la loi. S'il est douteux que Constantin lui-même ait accompli cette transformation, il est certain qu'il la favorisa de tout son pouvoir, et des titres entiers du Code Justinien, consacrés à l'organiser, nous montrent, dès la fin du siècle qui suivit sa mort, le fait déjà ancien converti en loi de l'État ».

Au temps des invasions, et dans la période barbare qui suit, ce n'est pas le droit de Justinien qui s'applique en Italie et en Gaule. Mais la juridiction épiscopale fondée sur les décisions des conciles, reconnue par le Code Théodosien, par le Bréviaire d'Alaric et par les Édits des rois mérovingiens, est étendue formellement par des capitulaires carolingiens de 789 (3), de 794 (4) et de 801 aux

(1) Mommsen, *Le droit pénal romain*, t. I, p. 340 et suiv.

(2) A. de Broglie, *L'Église et l'Empire romain*, 5e éd., II, p. 267.

(3) Le capitulaire de Charlemagne de 789 décide en termes explicites que conformément au concile de Chalcédoine, si les clercs, ainsi que les moines, avaient entre eux quelque affaire, ils devaient la porter devant leur évêque, et non devant les tribunaux séculiers (Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, t. III, 1848).

(4) Le capitulaire de 794, rendu par l'Assemblée de Francfort, organise la

matières pénales (1). Alors la juridiction de l'évêque est établie dans chaque diocèse, avec faculté d'appel au Métropolitain qui statue au second degré, avec l'assistance de suffragants et le concours du comte, représentant le pouvoir temporel.

Cette organisation se complète au XIIe siècle, lorsque, surchargés d'occupations eux-mêmes, et réagissant contre les empiètements d'auxiliaires ambitieux, les archidiacres, les évêques, ont constitué dans leurs diocèses des tribunaux ecclésiastiques, les *officialités* (2), qu'ils tiennent dans leur dépendance. A la même époque, sous l'impulsion reçue à l'École de Bologne, l'influence des Pandectes et du Code s'est manifestée. Au contact des théories romaines qu'elle a puisées d'abord dans le Code Théodosien (3) et qu'elle étudie ensuite dans la législation justinienne, l'Église fortifie sa constitution monarchique. Elle puise dans les mêmes lois les diverses formes de la procédure suivie devant ses juridictions. La législation de Justinien se complète par les décrétales des Papes et les canons des conciles. Au XIIe siècle, l'Église se trouve en possession d'un corps de lois supérieures à toutes les lois de l'époque, qui porte la juridiction de l'Église à l'apogée de son influence (4).

justice criminelle des évêques à deux degrés, l'appel de l'évêque statuant dans son diocèse au Métropolitain.

(1) Sur la distinction canonique du « péché et du « délit », l'établissement, à côté du *for intérieur* qui relève de la conscience, d'un *for extérieur* par où l'Église, comme société humaine, exerce la juridiction pénale. V. Kahn, *Étude sur le délit et la peine en droit canon*, Nancy, 1898, p. 28.

(2) Fournier, *Les Officialités au Moyen âge*, Paris, 1889, *Introduction*, p. XXXII; Tanon, *Histoire des tribunaux de l'Inquisition en France*, Paris, 1893, *passim*.

(3) Tanon, *op. cit.*, p. 133.

(4) La littérature du droit canonique (*Corpus juris canonici*) est représentée, après le *Décret* de Gratien (1150) par les Gloses : *Summa Decreti*, de Johannes Hispanus (1186) : *Summa Decreti*, de Huguccio (1188) ; *Summa Decretalium* de Bernardus Papiensis (1191) : *Summa Decreti Bambergensis* (1200) : *Apparatus* (au Decret), de Johannes Teutonicus (1212); *Ordo judiciarius*, composé de 1214 à 1216 par Tancrède, l'un des canonistes les plus renommés du XIIIe siècle; publié, avec Pillius, dont Tancrède s'inspira souvent, par Bergmann (Gœtt. 1842); *Additions à la glose de Johannes Teutonicus*, par Bartholomeus Brixiensis (1238-1245); *Apparatus in quinque libros Decretalium*, par Innocentius élève de Jacobus Balduini (1245); *Lectura in primum librum Decretalium* par Bernardus Compostellanus junior (1245-1254). — Des collections de canons et de décrétales de la fin du XIIe siècle (*Compilationes antiquæ*) sortit, avec le recueil des décrétales de Grégoire IX ou *Liber Extra* (désigné par la lettre X) (1234) un nouveau Code qui absorba toute la littérature antérieure. Les derniers recueils officiels de Décrétales, le Sexte, les Clémentines et les *Extravagantes* complètent le *corpus juris canonici*. Cf. Tardif, *Histoire des sources du droit canonique*, Paris, 1887, p. 310 et suiv.

Les doléances d'un Pierre de Blois, archidiacre de Bath, représentant le vieux parti qui, fidèle aux traditions, voit grandir avec regret le pouvoir des officiaux et l'influence de la législation justinienne (1) n'empêchent pas les clercs de se rendre en foule à Bologne, et dans les Universités de France où l'enseignement des Pandectes se continue. Vers la fin du XIIe siècle, l'évêque du Mans, Hamelin, déclare que les chanoines qui étudieront à Rome, à Paris, à Orléans, à Bologne, à Salerne ou à Montpellier conserveront la plus grande partie de leurs revenus.

Or, qu'est-ce qui assure au droit pénal romain, qu'il s'agisse du droit de Théodose, ou du droit de Justinien, accru par les décrétales des Papes et par les canons des conciles, sa prépondérance? C'est l'*uniformité* d'une législation que l'on préfère, d'abord à la variété des droits personnels, puis à l'arbitraire des juridictions féodales. C'est le caractère *social* d'un droit qui substitue à la pratique des transactions, des *compositions* germaniques, l'égalité de peines obligatoires. C'est enfin sa douceur relative : il ignore les *mutilations* qui sont des châtiments usuels dans le droit barbare; la *torture*, établie par des textes nombreux du Digeste et du Code est du moins étrangère aux décrétales des Papes (2); et l'Église répugne à l'application de la peine capitale, pour l'exécution de laquelle elle a recours au bras séculier (3).

Donc, par l'effet de son pouvoir politique grandissant mais aussi par l'attrait d'une justice supérieure, l'Église étend sa juridiction pénale; elle l'étend chaque jour davantage, sans acception de personnes, à toutes les matières qui touchent aux intérêts de la foi : crimes commis dans les lieux saints (églises, monastères, chapelles et cimetières (4); sacrilèges; crimes contre la foi (hérésie, sorcellerie, magie); blasphème, simonie, adultère, infractions à la trêve de Dieu, usure (5). Mais surtout elle l'étend, *ratione personæ*, quelle que fut l'infractioncommise, à toutes les personnes que leur vocation religieuse (prêtres, clercs, notaires et sergents atta-

(1) Fournier, *op. cit.*, p. 8.

(2) Deux textes canoniques paraissent faire allusion à la torture (C. 5, Q. 5, c. 4 et X. V, 16). Mais c'est une fausse interprétation (Fournier, *op. cit.*, p. 280). — Il est probable qu'elle ne fut guère employée par les juges d'Église en dehors des poursuites contre les hérétiques. V. cependant, en sens contraire, Tanon, *Histoire de l'Inquisition*, p. 365.

(3) Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*, t. I, 1907, p. 36; Fournier, *op. cit.*, p. 97, 280; Tanon, *Histoire de l'Inquisition*, p. 147, 465.

(4) Beaumanoir, XI, 13 et suiv.

(5) Fournier, *op. cit.*, p. 90.

chés à la juridiction du juge d'Église) ou le caractère sacré d'une mission temporaire (croisés) [1], ou leurs études (*scholares*) [2] ou leur condition humble (*miserabiles personæ* : veuves et orphelins) ont fait tomber sous sa dépendance et placées sous sa protection [3]. Et telle est la source du caractère le plus intéressant, à notre point de vue, que revêt la juridiction ecclésiastique : son caractère *personnel*.

Sans doute, la compétence de l'évêque est déterminée, territorialement, par l'étendue de son diocèse. Il l'exerce originairement, et, plus tard les archidiacres, puis les officiaux, l'exerceront au moyen d'assises (*sessiones*, *capitula*, *consistoria*) tenues dans les différentes partie du diocèse. Il y a même, à l'intérieur de chaque diocèse, entre *l'official principal* et les *officiaux forains* une répartition de compétence qui n'est pas fondée uniquement sur la nature des causes, qui est aussi une répartition territoriale [4]. Sans doute, encore, pour les infractions qui tombent, *ratione materiæ*, sous la compétence du clergé, le juge du *lieu du délit* est appelé à en connaître [5]. Mais, suivant le dernier état du droit romain, il existe au profit du juge du lieu d'arrestation [6] et du juge et lieu du domicile une compétence concurrente. Entre ces juges, dont la compétence est égale, la prévention décide [7].

Surtout, pour toutes les personnes qu'un lien personnel attache à la juridiction de l'Église, la compétence du *judex domicilii* est

(1) Aux termes d'une ordonnance de 1215, les croisés ne sont tenus de répondre en cour séculière ni au civil ni au criminel, sauf dans le cas où ils sont poursuivis comme vassaux, à raison de la tenure, ou arrêtés en flagrant délit de crimes énormes.

(2) Les écoliers peuvent être poursuivis devant trois juridictions : celle de l'évêque, celle des magistrats de la ville, et enfin, celle des maîtres de l'Université (d'après Tancrède).

(3) Fournier, *op. cit.*, p. 77.

(4) Fournier, *op. cit.*, p. 13, 61.

(5) C. 3. Q. 6, c. 1. — X. V. 214 (1210).

(6) C. III. 15. 1 ; C. XII, 51. 3.

(7) Fournier, *op. cit.*, p. 142. Conc. de Narbonne de 1235 c. 20 : Ad inquisitionem quippe vestram eos intelligimus pertinere qui vel infra ejusdem inquisitionis limites deliquerint, vel domicilium ibi habent seu habebant quando inquisitio cœpta fuit, vel cum ibi morarentur occasione officii cujuscumque publici vel privati, vel certum domicilium non habentes, ibidem inventi, citati fuerunt a vobis sive illis per quamcumque cautionem astrictis, sive non, inquisitionem contra eos facere incepitis, vel eis forsitan purgationem indixistis. Si quidem contra tales præsentes vel absentes potestis procedere, nisi forte alii procedere cœperint (Harduin, t. VII, col. 255, cité par Tanon, *Histoire des tribunaux de l'Inquisition*, p. 251).

exclusive de toute autre (1). Tout prêtre, tout clerc qui s'est rendu coupable d'un délit est justiciable seulement de son évêque, par où il faut entendre l'évêque du diocèse où il a son domicile (2). Le Décret exige même que l'accusation d'un prêtre soit portée devant un tribunal de six évêques, présidé par l'évêque diocésain de l'accusé (3). Plus tard cette règle est tombée en désuétude, et, sous la réserve des causes graves pouvant entraîner privation de bénéfice pour lesquelles l'évêque doit agir de concert avec son chapitre, le prêtre ou le clerc à la fin du XIIe siècle ressort simplement de son évêque diocésain ou de son official (4).

A ce principe de la compétence personnelle du juge ecclésiastique, l'Église apporte spontanément quelques exceptions, qui font une place à la collaboration du pouvoir séculier. Quand sa compétence est invoquée par de prétendus clercs qui ont répudié eux-mêmes les caractères essentiels à leur état — clercs mariés qui ne portent ni l'habit clérical ni la tonsure, clercs qui font le commerce ou qui prêtent à intérêt — elle les repousse (5). Quand un clerc est surpris en train de commettre un crime grave — rapt, homicide, brigandage, attaques noctures — elle admet que le juge séculier du lieu de l'infraction l'arrête, à condition de le lui livrer aussitôt (6). Et c'est au bras séculier qu'elle livre elle-même, en vue

(1) Tancrède, pars. II, tit. I, § 1; Specul. lib. II, pars. I, *De compet. jud. adit.*, § 1, n. 1.

(2) Même à l'égard des simples fidèles, c'est le domicile qui fixe la compétence, pour ce qui est de la connaissance des *péchés*. Le *forum pœnitentiale* est celui du domicile. La règle est encore en vigueur au XVIe siècle, où son existence est attestée par Clarus (*Practica civilis atque criminalis*, édit. Lyon 1672, *Quœstio* 38, p. 518) « Quæro numquid in foro pœnitentiali quis sortiatur forum ratione delicti. Respondeo quod non : ita tenent communiter Doctores, et dicit Abbas... Ed ideo licet quis delinquat extra locum in quo habet domicilium, tenetur tamen peccata sua confiteri sacerdoti in cujus parochia tenet habitationem ».

(3) C. 15, Q. 7, c. 1, 3.

(4) *Specul.* lib. III, part. I, *de accus.*, § 4, n. 3; Fournier, *op cit.*, p. 234.

(5) Boutaric, *Arrêts du Parlement*, n. 6236 (1321). En 1334, le Parlement refuse de considérer comme clerc Jean de Saint-Martin, réclamé par l'official de Rouen « cum uxoratus esset et miles armatæ militiæ qui... judiciis causarum criminalium et executionibus earumdem interfuerat, auxilium consilium et opem impendendo, tonsuram vel vestes non deferens clericales » (cité par Fournier, *op. cit.*, p. 67). — Cf. Genestal, *Le privilegium fori en France du décret de Gratien à la fin du XIVe siècle*, Paris, 1921, p. 92 et suiv.

(6) Tels sont les usages dont les barons de Normandie constatent encore l'application en 1205, dans un document qu'ils adressèrent à leur nouveau maître, le roi Philippe Auguste (cité par Fournier, *op. cit.*, p. 65 et suiv.).

d'une répression plus sévère, les clercs qu'à la suite d'un forfait particulièrement odieux elle a dégradés [1].

En définitive, l'Église veut bien accepter, ou requiert elle-même, dans des cas particulièrement défavorables, le secours du bras séculier. Ces exceptions témoignent de l'indulgence relative de sa loi pénale comme elles expliquent la faveur dont sa juridiction a été l'objet. Elles ne prouvent nullement que les évêques aient apporté quelque négligence à sauvegarder un privilège auquel les clercs ne pouvaient pas renoncer [2], et dont la violation était sanctionnée par l'excommunication, et par les pénalités les plus rigoureuses [3]. Elle ne restreignent pas, en réalité, le champ de la compétence personnelle.

L'évêque de Rome a, lui aussi, sa compétence personnelle, qui s'étend, non seulement à toutes les clercs, mais à tous les fidèles de l'Église. Quand son autorité s'est fortifiée, dans la seconde moitié du XIIe siècle, le Pape a fait admettre à son profit, pour toutes les causes ecclésiastiques, une compétence concurrente à celle des évêques, qui n'apparaissent plus que comme ses délégués. Cette compétence devient effective par la seule présence, même accidentelle, du justiciable à Rome ; il peut toujours être cité devant le Pape, son juge ordinaire [4]. *Roma communis patria.* Ainsi se trouve formulé, avec la marque de son origine romaine, le principe de la compétence personnelle de l'Église. Rome est la commune patrie des fidèles, comme elle fut, autrefois, la *communis patria* des citoyens romains [5].

Devant la juridiction ecclésiastique, comment le problème de *compétence législative* était-il résolu ? — On peut être tenté de

(1) Si le clerc dégradé revenait en Normandie et commettait un nouveau crime, il était puni par la justice séculière comme l'eût été un laïque (Fournier, *loc. cit.*). — Cf. Genestal, *op. cit.*, p. 242.

(2) La Mure, *Histoire ecclésiastique du diocèse de Lyon*, p. 338 ; Fournier, *op. cit.*, p. 72.

(3) Au Mans, sous l'épiscopat de Geoffroy Freslon (1260-1274) un gentilhomme, Mathieu Papelon, fit emprisonner un clerc coupable d'avoir commis un vol sur ses terres, et après l'avoir fait juger par sa cour, lui fit couper le pied. L'évêque, ayant fait ajourner à comparaître devant lui les juges de la Cour féodale qui avaient rendu cette sentence, les condamna à payer une pension au clerc ainsi mutilé et à faire amende honorable, nu-pieds, dans une procession solennelle à la cathédrale (Fournier, *op. cit.*, p. 66 et suiv.).

(4) X. II. 2, 20 (1230). Ce texte ne vise expressément que les clercs. Mais, par ses motifs, il a une portée générale (Fournier, *op. cit.*, p. 129).

(5) V. plus haut, p. 62.

croire qu'à raison de l'unité, déjà signalée, du droit canonique, ce problème n'était pas de nature à se poser. Mais le droit commun de l'Église, appuyé sur le droit romain, ne gouvernait pas seul la justice pénale. Il était venu se superposer aux droits particuliers des communautés religieuses, droits de formation coutumière, et qui persistèrent pendant tout le Moyen âge. Il arrivait aussi que, sur des questions d'ordre laïque qui se présentaient accessoirement devant lui, le juge de l'Église dût demander son inspiration au droit séculier. Ainsi des conflits de lois, et notamment de lois pénales, pouvaient surgir. Ils sont prévus par le Décret de Gratien, qui constate le maintien du droit coutumier de l'Église. Ils sont l'objet de développements étendus dans les ouvrages des commentateurs (1).

La solution la plus simple pouvait consister dans l'application, par le juge, de sa loi propre, de la loi du diocèse ou de la communauté ecclésiastique à laquelle il appartenait. Il est remarquable que cette solution est rejetée, toutes les fois, du moins, que le droit du juge ne se confond pas avec le droit personnel des plaideurs. La distinction est faite nettement, entre la procédure qui est soumise à la *lex fori* (2), et le fond du droit, qui est régi par une loi différente. Johannes Teutonicus (3) et la Summa Bambergensis (4) présentent, en faveur de ce rejet, un argument décisif, lorsqu'ils observent qu'une même affaire étant destinée, parfois, à suivre plusieurs instances, il serait étrange et inique qu'une divergence

(1) Ces ouvrages, dont la plupart sont manuscrits, seront cités d'après les passages rapportés dans l'ouvrage de Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwickelung des internationalen Strafrechts bis Bartolus*, t. II, p. 110 et suiv.

(2) *Bernardus Compostellanus junior*, *Lectura in primum librum Decretalium*, tit. 1, 4, *super rubrica, in fine* : « ... Aut loquitur de consuetudine quæ attenditur circa factum judicis, vel processum, et tum ista consuetudo non dicitur litigantium sed fori et judicis, ut in exemplo prædictæ legis, D. 12. 5, 3 ».

(3) *Johannes Teutonicus*, *Apparatus*, dist. 8, c. 2, *v*[is] *aut peregrini* (*in fine*)... « Item, magnum sequeretur inconveniens, si secundum consuetudinem loci judicaretur, quia si illa loca haberent diversas consuetudines, in quibus judicat, jam sequeretur quod eadem causa regeretur secundum consuetudines contrarias. Item videtur quod secundum consuetudinem rei sit judicandum ».

(4) *Summa Decreti Bambergensis*, dist. 12, c. 4, f° 103 a. « Argumentum quod judex debet judicare secundum consuetudinem litigantium et hoc potest probari. Esto enim quod judex debeat judicare secundum suam consuetudinem, et sic judicet, et appelletur ab eo, et item judex superior judicabit secundum suam consuetudinem, quæ forte contraria consuetudini inferioris judicis : ponatur ita, ergo retractabit sententiam juste latam a priori judice, quod absurdum est ».

entre le droit du premier juge et le droit du juge d'appel pût entraîner la réformation. L'application de la *lex fori* est admise, en vertu, sans doute, d'une présomption de volonté, quand le juge ecclésiastique a été choisi comme arbitre, par les parties (1). Dans toute autre hypothèse, elle est exclue, que le juge soit l'évêque, *judex ordinarius*, ou un juge délégué par lui.

En matière délictuelle ou contractuelle, la plupart des commentateurs, sinon les plus anciens, l'auteur de la Summa Bambergensis (2), Bartholomæus Brixiensis (3), Innocentius quartus (4) semblent donner la préférence à la *lex loci*. Leur solution se fonde sur l'interprétation d'un passage du Décret de Gratien, et sur les textes du Digeste et du Code, dans l'interprétation desquels les canonistes ont quelquefois devancé les postglossateurs. L'application de la loi locale est admise par Bernardus Papiensis — s'agissant, il est vrai, d'un contrat — dans un cas où elle se distingue certainement de la loi du juge (5). En fait, l'application de la loi locale aux délits devait avoir lieu le plus souvent quand le juge local était saisi, et quand l'inculpé n'appartenait pas à ces catégories de personnes qui devaient, à raison de leur qualité, être poursuivies devant leur juge personnel.

(1) *Johannes Hispanus, Summa Decreti.* « Nota, si deficiant canones et leges, et judicandum sit consuetudine, si fuerint judices ordinarii, tunc, quia eadem est consuetudo ligitantium et judicum, secundum eorum consuetudinem debet judicari. Item, si fuerint judices compromissarii, secundum eorum consuetudinem est judicandum, quia videntur partes foro suo renuntiasse. Item, si fuerint delegati, tunc secundum consuetudinem duorum litigantium est judicandum. Alii tamen contradicunt ».

(2) *Summa Decreti Bambergensis*, dist. 12, c. 4, f. 103 a (*in fine*). « Similiter de contractu judicandum est secundum consuetudinem patriæ in qua contrahitur, D. 21, 2, 6; cavendum est de evictione secundum consuetudinem loci in quo contrahitur. Similiter, quando aliquis obligatur ex maleficio, debet judicari et puniri secundum consuetudinem loci in quo commisit C. 3, 9, 6 pr. et C. 3, 15 Auth. *qua in provincia.* »

(3) *Bartholomæus Brixiensis*, Addit. à la glose de Johannes Teutonicus, dist. 12, c. 4. « Ego credo quod judex judicabit secundum consuetudinem rei, cum actor forum rei sequatur, ut X, 2, 2, 8, nisi ratione contractus vel maleficii factus sit de foro alterius, quia tunc servabitur consuetudo loci, ubi contraxit vel deliquit, ut dist. 8, c. 2 et X. 2, 2, 20 ».

(4) *Innocentius quartus*, *Apparatus*, tit. 1, 4 super rubrica, n. 5-8. « Illud tamen nota quod consuetudo loci ubi contractus celebratus est servari debet, D. 22, 2, 1 pr. et loci ubi maleficium perpetratur, argumento D. 47, 11, 9 et 10 ».

(5) *Bernardus Papiensis. Summa Decretalium.* « Si vero in patria litigantium est habitus contractus, et alibi causa tractatur, secundum consuetudinem litigantium est judicandum, argumento C. 11, 93, c. 60 ».

Il n'est pas douteux, en effet, que l'application du droit local constituait une dérogation à la vraie tradition canonique. La compétence ecclésiastique repose uniquement sur un *lien personnel* : le lien qui unit tous les fidèles au Pape, ou aux évêques qui le représentent. Ainsi s'explique l'effet personnel, extra-territorial des sentences d'excommunication, affirmé par une Décrétale de 1193 (1). Le principe, gouvernant toutes les matières juridiques, et attesté par les plus anciens commentateurs, est l'application du droit personnel des plaideurs : s'ils obéissent à des lois différentes, du droit personnel de l'inculpé (2), à moins que la loi du demandeur ne soit plus douce, ou, dit un commentateur, plus juste (3). Comment accorder avec ce principe, avec le texte formel de la Décrétale, l'exception admise, sous l'influence des précédents romains et des besoins de la pratique, à l'égard des délits et des contrats? Le plus grand embarras se manifeste (4). On fait intervenir l'idée

1) Décrétale de 1193, recueillie dans le *Liber extra*, 5, 39, 21 : « A nobis fuit ex parte tua quæsitum, utrum, si quis ita pronuntiaverit « quisquis furtum fecerit excommunicatus sit » hæc generalis clausula ad ipsius excommunicatoris subditos referatur, an generaliter extendatur ad omnes, qui non sunt de jurisdictione illius. Ad quod dicimus quod hac sententia non nisi subditi obligantur ».

2) *Johannes Hispanus*, *Summa Decreti*... « Item, in hoc ultimo casu, si fuerint contrariæ consuetudo actoris et consuetudo rei, quia favorabiliores sunt rei quam actores, secundum rei consuetudinem debet judicari ». — *Huguccio*, *Summa Decreti*, dist. 12, c. 4, v° *Contrario*, f. 11 a. « Hic videtur colligi quod secundum consuetudines litigantium sit judicandum, licet causa sit delegata judici aliis consuetudinibus utunti... Quid si, circa articulum, de quo agitur, diversæ sunt consuetudines actoris vel rei? Sequitur tunc consuetudinem rei, quia reus favorabilior est actore, et quia actor forum rei sequi debet ». — *Bartholomæus Brixiensis*, *loc. cit.* — *Summa Decreti Bambergensis*, dist. 12, c. 4, f. 103 a... « Restat ergo quod non debet judicare secundum suam consuetudinem, sed secundum consuetudinem litigantium, quod concessimus... Si autem diversæ sunt consuetudines litigantium, judex debet judicare secundum consuetudinem rei, quia actor forum rei debet sequi C. 11. q. 1. c. 13 et 12 ».

3) En ce sens *Huguccio* et *Laurentius* (Neumeyer, *op. cit.*, p. 129 et suiv.).

4) En 1212, *Tancredus*, interprétant la décrétale de 1193, propose la distinction suivante : « Resistitur : ratione delicti efficitur quis subditus et parochianus alterius, ut C. 6, q. 3, c. 4 ; C. 3, q. 6, c. 1 ; C. 3, 15. Auth. *qua in provincia* ; C. 3. 24. 1 ; ergo universi ligantur, cum sunt ejus subditi. Respondeo : si generaliter protulit verbum « quisquis furtum fecerit ubicumque », tunc solummodo subditi ligantur, sicut hic dicitur, quod alibi quam in ejus provincia furtum fecerunt. In quo casu intelligo quod hic dicitur. Si vero dixerit : « Si quis furtum fecerit in parochia mea », tunc ratione delicti omnes qui ibi delinquunt ligantur illa sententia ratione prius dicta » (texte cité par Neumeyer, *op. cit.*, p. 138). Après lui, d'autres distinctions sont préconisées par Innocent, *Commentaria*, X. 5, 39, 21. Cf. Neumeyer, *op. cit.*, p. 139.

riche d'avenir, que l'étranger, présent et délinquant sur le territoire, doit être regardé comme un sujet temporaire, occasionnel : l'application du droit local se concilie ainsi, tant bien que mal, avec le principe de la compétence personnelle (1). On tire de là cette conclusion, appliquée tout au moins aux personnes privilégiées, aux écoliers et aux clercs, que la soumission au droit local implique un séjour d'une certaine durée sur le territoire (2). A leur égard, la loi qui l'emporte, en définitive, n'est pas à proprement parler la loi locale, c'est la loi de l'habitation.

Enfin, la dissertation de Tancrède (début du XIIIe siècle) atteste l'introduction d'une idée de *sujétion* qui soumet les membres de l'église, en quelque lieu qu'ils se trouvent et commettent des délits, à leur loi personnelle (3). Dans l'admission d'une *personnalité active*, les canonistes ont encore devancé les postglossateurs. Cette évolution est contemporaine des transformations qui se sont poursuivies dans la procédure ecclésiastique.

En effet, parmi les emprunts que l'Église a faits au droit romain, figure encore celui-ci : elle lui a pris sa procédure. La compétence préférable du *judex domicilii* de l'inculpé est en rapport étroit avec les règles de la procédure *accusatoire*. Le procès se débat,

(1) *Tancredus, loc. cit* ; — *Goffredus* (*Summa Decretalium* (1241), 5, 39, 11 : « Potest autem prelatus excommunicare subditos suos... subditos intellige ratione domicilii, rei, contractus et delicti ».

(2) *Huguccio, Summa decreti*, dist. 12, c. 11, dit qu'on doit suivre les usages de ceux chez qui *on habite*. Sur la dist., 8, 2, il est ajouté que les étrangers et les écoliers (*Scholares*) doivent être jugés d'après la coutume de la ville où on les trouve, mais seulement s'ils veulent y habiter. C'est dans le même sens qu'il faut entendre le passage suivant de Johannes Teutonicus : Dist. 8, c. 2, v° *aut peregrini* : « Numquid ergo peregrini et scholares tenentur sequi consuetudinem eorum inter quos commorantur? Videtur hic quod sic et dist. 12 c. 11 et dist. 41, c. 1. Argumentum contra quia viatores non sortiuntur forum illius loci per quem transierunt ut D. 5, 1, 19, § 2, et est argumentum quod solum perpetuo habitantes obligantur lege civitatis ut D. 20, 1, 32 ». Si l'auteur rappelle que, dans une opinion, chacun doit s'adapter aux usages de ses compagnons, il semble préférer la glose qui soumet exclusivement à l'application du droit local les *perpetuo habitantes*.

(3) Cette idée de sujétion apparait dans le passage précité de Tancrède. Elle est développée dans le passage d'Innocent, X. 5, 39, 21, où l'opinion de Tancrède est relatée avec la glose suivante : « Secus si dixisset « quicumque in diœcesi mea.... » et tunc si subditus suus fecerit furtum extra diœcesim, non ligatur. Secus si ferat sententiam secundum verba decretalis indeterminate, quia tunc, ubicumque subditus suus furetur, ligatur ».

comme un procès civil, entre deux plaideurs, le demandeur et le défendeur. Sans doute, plusieurs des infractions auxquelles s'étend la compétence *ratione materiæ* de l'Église — blasphème, hérésie, sacrilège, etc. — sont des *crimina publica* qui se commettent sans causer préjudice à une personne déterminée qui prendrait l'initiative d'une plainte. Mais comme, sous le régime romain des actions populaires, le droit de poursuivre appartient à *quivis ex populo*, de même, dans la communauté chrétienne primitive, tout fidèle peut se faire l'organe et le représentant de la vengeance divine, et nul procès ne s'engage en dehors de son intervention : système qui exclut également toute action publique, toute procédure par défaut, toute faculté pour le juge de rechercher et de rassembler les preuves; système qui met la répression à la merci du zèle plus au moins grand des fidèles, ou qui la fait dépendre — ce qui est pire — d'un sentiment de haine, de jalousie ou de vengeance. Or la procédure accusatoire, avec ses vices qui lui firent apporter, bientôt, des tempéraments, n'a jamais été abrogée. Et comme elle était la procédure ordinaire du droit romain classique — le seul qui fût connu en Italie et en Gaule jusqu'au XIIe siècle, elle a toujours été considérée comme la procédure officielle de l'Église.

Elle reçut d'ailleurs des exceptions qui furent imposées par les nécessités les plus pressantes de la répression. L'évêque, lorsqu'il parcourt son diocèse, punit, après un rapide examen, les délits peu graves, *levia crimina*, qui sont portés devant lui. On rapprochera utilement ce pouvoir de l'évêque de la *coercitio* des magistrats romains (1).

La pratique romaine, sensible à l'insuffisance de la procédure accusatoire, avait admis déjà à l'époque classique que le préfet de la ville à Rome et les Gouverneurs de provinces fussent saisis de la poursuite d'un méfait par la *dénonciation* des agents chargés de veiller sur le repos public (2). Ainsi fut-il reconnu de tout temps que les supérieurs ecclésiastiques, saisis par simple dénonciation d'un crime grave, étaient tenus d'instruire l'affaire sans attendre l'accusation en forme : et cette procédure de fait fut consacrée au temps de l'apparition des Décrétales (3). Or, quels sont les effets de cette *denunciatio*, qui est faite, en définitive, par un agent

(1) D. 48, 2, 6. — Cf. Tanon, *Histoire de l'Inquisition*, p. 276 et suiv.
(2) Mommsen, *Droit pénal romain*, t. I, p. 372 et suiv.; t. III, p. 11 et suiv.
(3) Fournier, *op. cit.*, p. 256; Tanon, *Histoire de l'Inquisition*, p. 286.

ecclésiastique institué à cet effet? C'est ici que se manifeste, de façon curieuse, l'influence exercée par le monde barbare sur l'Église, dont il a consacré, d'ailleurs, le pouvoir répressif. Saisi par la *denunciatio*, le juge ordonne la *purgatio canonica*. Suivant la coutume germanique, l'acquittement va dépendre de la dénégation formelle de l'inculpé appuyée sur son serment et confirmée par des *co-jureurs* qui le déclarent digne de foi (1). Et cette procédure, renouvelée du monde antique, qui fait dépendre le sort de l'accusé de la complaisance de ses amis, reste en vigueur, dans l'Église elle-même, pendant tout le cours du XIIIe siècle.

Mais déjà, la fin du XIIe a vu le retour offensif du droit romain, et cette résurrection s'est manifestée, dans le domaine de la procédure, par une innovation capitale. Le Pape Innocent III a compris que les désordres de l'Église, les délits trop fréquents des ecclésiastiques et des prélats qui provoquent les sarcasmes des hérétiques nécessitent une répression indépendante de l'initiative privée, intéressée, capricieuse ou trop timide. L'opinion publique, la voix des fidèles reste à la base de la répression. Mais on la rend plus efficace en lui donnant un organe, et la forme juridique rétablie à cet effet n'est autre que celle de la *cognitio extraordinaria* du droit romain. Contre celui dont la réputation n'est pas intacte, contre *le diffamatus*, une instruction peut, même en son absence, même à défaut d'une dénonciation privée, être ordonnée par le juge. Au juge même il appartient désormais de commencer la poursuite et de rassembler les preuves. C'est la ***procédure inquisitoire*** (2).

Au droit romain aussi l'Église emprunte la procédure de la *remissio*. Celle-ci peut être accordée au juge territorial, pour le jugement (3), ou même au *judex domicilii*, pour assurer l'exécution de la peine (4). L'exécution des sentences étrangères n'est pas exclue, au moins dans les procès privés (5).

(1) Tanon, *Histoire de l'Inquisition*, p. 271 et suiv.

(2) La première trace certaine de cette procédure apparait dans une decrétale du 21 septembre 1198 adressée à l'archevêque de Milan. Le 4e concile de Latran sanctionna l'innovation d'Innocent III.

(3) *Johannes Teutonicus*, C. 3, 96, c. 1. *ibi semper*.

(4) D'après D. 48. 3. 11. Voir *Innocentius* X, 2, 2, 17 et 5, 17, 1.

(5) L'execution peut consister dans la confiscation des biens. Pour la confiscation des biens d'un étranger absent, auteur d'un délit sur le territoire, *Innocentius*, *Commentaria*, X. 2. 2. 14. n. 1 : « Confiscarentur vel offenso applicarentur, quia in rebus valet statutum vel consuetudo, quia sunt de ejus jurisdic-

La procédure inquisitoire a conservé, en droit canonique, un caractère exceptionnel. Il est resté acquis que la véritable procédure criminelle est la procédure accusatoire (crimen) tandis que, lorsqu'on agit *per inquisitionem*, on agit *civiliter*. Aussi la réforme est elle importante surtout par les répercussions qu'elle a eues hors de l'Église. Quant à ses effets sur le régime de la compétence pénale, elle doit être comparée à la substitution, dans la société antique, du régime des délits publics au régime des délits privés. Du jour où le procès criminel aura cessé d'apparaître comme un duel entre deux parties privées, la compétence pénale sera dépouillée de son caractère personnel. Et le magistrat chargé, non de satisfaire une vengeance ni de faire expier un malfaiteur, mais d'assurer, dans un intérêt social, le maintien de l'ordre public, verra tout naturellement attribuer à sa juridiction une portée *territoriale* (1). Cette transformation s'opèrera quand sera progressivement restreinte, au profit du pouvoir royal, la juridiction de l'Église.

Section III

Le Régime féodal.

Sommaire. — Formation de droits locaux. — Le droit de justice est attaché à la terre, et se transmet avec elle. — La compétence judiciaire du seigneur justicier s'étend à tous ceux qui sont *couchans et levans* sur ses terres. Elle

tione ». — C'est l'application du statut réel. Mais, le juge saisi n'étant pas celui du domicile, l'excommunication, qui a un caractère personnel, ne peut être prononcée : « Potest procedi in res ejus ad missionem in possessionem rerum quas ibi habet, sed non contra personam ad excommunicationem ». Cf. Neumeyer, *op. cit.*, p. 141. — Pour l'exécution de décisions étrangères : Goffredus, *Summa* X, 2, 2, n. 3; Decrétale, 1245. Cf. Damasus, *Summa de ordine judiciario*, 1210, tit. II, éd. Wunderlich, *anecdota quæ processum civilem spectant*, p. 59.

(1) A l'égard de la compétence législative, cette tendance se manifeste dans une Décrétale de la seconde moitié du XIII[e] siècle, où, contrairement à la solution antérieure (*suprà*, p. 89, n. 1), l'effet personnel de la sentence d'excommunication est exclu. Le texte de cette Décrétale doit être reproduit, à raison de l'influence qu'elle a exercée sur la doctrine italienne. Tit. II, cap. 2 *de constitutionibus*, in-VI[o] : « Ut animarum periculis obvietur, sententiis per statuta quorumcumque ordinariorum prolatis ligari nolumus ignorantes : dum tamen eorum ignorantia crassa non fuerit aut supina. Statuto episcopi quo in omnes qui furtum commiserint excommunicationis sententia promulgatur, subditi ejus, furtum extra ipsius diœcesim committentes minime ligari noscuntur, quum extra territorium jus dicenti non pareatur impune ».

repose sur l'attachement au sol, mais ses effets sont personnels. — Caractère accusatoire de la procédure. — Application personnelle des coutumes, en matière pénale.

Le système de la personnalité des lois fut mis en échec, d'abord, par la prédominance toute naturelle, qu'on a constatée notamment en Italie, du droit de la race victorieuse. Les changements économiques qui datent de la conquête lui ont porté une nouvelle atteinte qui s'est manifestée au IXe siècle, à la fin de l'époque carolingienne, et de façon définitive. En effet, de la conquête, de la distribution des lots fonciers qui formèrent les *sortes* des Burgondes et des Wisigoths, la *terre salique* et les *alleux* des Francs Saliens et Ripuaires, est née une nouvelle classe d'hommes libres, une classe moyenne de propriétaires (1). Les leudes et fidèles qui s'enrichirent par les concessions de bénéfices qui leur furent faites, d'abord à titre temporaire et révocable, par les rois mérovingiens et carolingiens, étaient en même temps des comtes exerçant un pouvoir de juridiction répressive, non pas sur les hommes d'une seule race, mais sur tous les sujets du Roi, auxquels s'étendait d'ailleurs, également, l'autorité des Capitulaires. Quand l'affaiblissement du pouvoir royal leur assura la propriété de leurs bénéfices, ils gardèrent ces attributions judiciaires qui apparaissaient d'abord comme une charge de la concession, et qui ne furent regardées que plus tard comme des « droits de justice ». A la diversité des lois personnelles, atténuée par l'uniformité du pouvoir royal, avait succédé, en même temps, la variété d'usages locaux. C'est ainsi que la personnalité des lois barbares fut remplacée par la « réalité féodale ». « Le droit de rendre la justice, a écrit un auteur du XVIIIe siècle (2), n'était pas, à proprement parler, concédé, il était transmis avec les terres. Dans les premiers temps, on ne concédait pas plus une justice qu'on ne concédait des serfs, en concédant ou en vendant une terre ; ils passaient de mains en mains avec la terre, comme un accessoire de la terre, et le droit de justice passait avec eux aussi de mains en mains, parce qu'il était inhérent à la culture et à l'exploitation des terres » (3).

(1) Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, t. III, 1848, p. 403.

(2) Hervé, *Théorie des matières féodales*, t. VI, p. 182, publiée en 1788.

(3) C'est plus tard, sous la Monarchie, que la justice fut séparée du fief. V. Bodin, *Les six livres de la République*, Paris, 1583, liv. III, chap. VI, p. 366 : « Il suffira de dire en passant que la justice tient si peu au fief que le Prince souverain vendant ou donnant un fief de quelque nature qu'il soit n'est

Le procès pénal, dans la justice féodale, est trop voisin, historiquement et logiquement, de la procédure germanique pour ne pas présenter les caractères distinctifs de celle-ci. Il s'engage sur la plainte de la partie lésée, dont le « citoiement » est un succédané de l'accusation du droit germanique. Il consiste, comme en matière civile, dans un débat entre l'accusateur et l'inculpé, débat où certaines des preuves anciennes, comme le serment purgatoire et les ordalies n'apparaissent guère (1), mais où d'autres procédés qui révèlent un degré de civilisation analogue — combat judiciaire, appel au jugement de Dieu soutenu par le serment des deux adversaires et décidé par la bataille — occupent la première place (2). La principale innovation consiste dans la substitution aux compositions de pénalités généralement cruelles, en rapport avec les mœurs brutales du temps, et qui varient suivant les coutumes.

Devant qui ce procès s'engage-t-il ? Les ducs, les comtes, dont le nom et l'institution datent de l'époque franque, étaient en même temps, comme il a été dit, des concessionnaires de bénéfices et des fonctionnaires royaux. Mais ce double caractère a disparu, du jour où Charles le Chauve, par son capitulaire de 877, a déclaré les duchés et comtés *héréditaires* (3). Le concessionnaire d'antan est devenu un propriétaire : par une évolution parallèle qu'explique également la décadence du pouvoir royal, le fonctionnaire s'est affranchi de son devoir d'obéissance. Et transformant en une sorte de droit réel attaché à son bien la fonction qui était une charge de son bénéfice, il est devenu un ***seigneur justicier***.

Sa subordination ancienne était attestée par l'appel, dont ses décisions en matière judiciaire étaient susceptibles d'être frappées, par l'institution des *Missi dominici* que Pépin et Charlemagne avaient institués pour surveiller en leur nom l'administration de la justice. Mais du jour où l'institution des *Missi dominici* cessa pratiquement d'exister, en même temps que la faculté de faire appel disparaissait et que les Rois de la deuxième dynastie s'abstenaient de faire et de publier de nouveaux capitulaires (4), c'est-

point réputé donner ni vendre la juridiction, comme il a été jugé plusieurs fois et passé en forme d'édict faict par Philippe le Bel ; encor que la donation fût pitoyable, ce que plusieurs avaient excepté ».

(1) Beaumanoir (*Les Coutumes du Beauvoisis*, XIIIe siècle), ne parle pas des épreuves judiciaires.

(2) Garraud. *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*, t. I, 1907, p. 43. — Saint-Louis remplaça le combat judiciaire par l'enquête.

(3) Laferrière, *op. cit.*, p. 426.

(4) Laferrière, *op. cit.*, p. 422.

à-dire environ à partir de l'an 888, les justiciers devinrent, suivant une notion indispensable pour comprendre l'organisation judiciaire du monde féodal, de véritables *souverains*.

Leur souveraineté est à la fois une souveraineté territoriale et une souveraineté personnelle. On songe plus volontiers à la première, lorsqu'on parle, en général, du régime féodal et de ses conséquences, au point de vue de l'application des coutumes. Mais en ce qui touche la juridiction répressive, c'est la seconde qui se manifeste et qui s'exerce à peu près exclusivement. Pour le cas de flagrant délit seulement, il y a place à l'exercice de la juridiction territoriale. Quand on prend le coupable sur le fait, qu'il soit un vilain, ou un serf, ou un aubain, il n'y a pas de contradiction possible : il suffit d'une procédure sommaire, qui dispense de l'accusation (1). Tous ceux qui sont présents lors du méfait doivent poursuivre le délinquant, l'arrêter et le livrer à la justice, « car c'est le commun porfis, dit Beaumanoir (2), que çascuns soit sergans et ait pooir de penre et d'arrêter les malfaiteurs ». — « Nus ne r'a se cort d'omme qui est pris en présent meffet, soit en mêlée, soit en damace fesant à autrui, anchois appartient la connissance au seigneur en qui tere le prise est fete » (3).

On sait d'ailleurs que la procédure féodale avait organisé, dans la *clameur* de *haro*, une méthode formaliste et naïve pour conserver au fait son caractère de flagrant délit. Les légistes empruntèrent à la Normandie cet usage de poursuivre à *cri et haro*, à *chaude chasse*, à chasse et à fuite (4). Ils étendirent la procédure plus sommaire du flagrant délit à des cas pour lesquels elle n'avait pas été faite, notamment au *vol*, quand le voleur était saisi en possession de l'objet dérobé (5).

(1) Pierre de Fontaine, *Conseil*, XXXI, § 1 : Ed. Marnier, p. 362 : « Là où li crime sont fait doivent li maufetor estre jugié. C'est voirs par nostre usage s'il est pris ou présent forfet... ». Beaumanoir, *Les coutumes du Beauvoisis*, XXX, n° 71 : « Çascuns pot penre en son héritage ou fere penre celi qu'il y trouve meffesant, comment qu'il tiengne héritage de signeur ou en fief ou en vilenage ».

(2) Beaumanoir, *Les coutumes du Beauvoisis*, XXXI, 14.

(3) Beaumanoir, *Les coutumes du Beauvoisis*, XXX, 85.

(4) Beaumanoir, XXXI, 14 : « C'est lis communs porfis que çascuns soit sergans et pooir de penre et d'arrester les malfeteurs ; ne le justice en qui tere le prise est fete n'en n'empire pas, ancois en esclarcist, car à li en apartient le justice et l'execussion del meffet ».

(5) Beaumanoir, XXXI, 14 : « Cascuns pot porsivir le larron qui est saisis et vestus, soit de sa coze, soit de l'autrui, soit en se justice soit en l'autrui, et

La souveraineté personnelle du seigneur justicier, en tant qu'elle s'exerce sur les vassaux, n'implique pas un pouvoir absolu de juridiction répressive. Le vassal, en rendant hommage à son seigneur justicier, en devenant son « homme », ne s'est pas mis à sa discrétion. Il sera jugé non par lui, mais par ses pairs, c'est-à-dire par les vassaux qui tiennent des fiefs du même seigneur, et qui constituent la Cour féodale, présidée par le seigneur lui-même, ou par son prévôt. « C'était à ces assises que se portaient les affaires qu'avaient entre eux les vassaux d'une même seigneurie, quand ils préféraient la voie de la justice à celle de la guerre pour terminer leurs différends, *et les procès que leur intentait quelque seigneur étranger, car c'était alors une règle invariable que tout défendeur fût jugé dans la cour de son propre seigneur* » (1). Le lien personnel qui unit le défendeur à son seigneur justicier, et qui résulte de l'hommage, tel est donc, semble-t-il, le critérium de la compétence en matière pénale.

Mais voici qui nous fait pénétrer plus avant dans la nature véritable de ce lien personnel. Quand le noble ne réside pas sur le fief qui lui a été concédé, mais habite sur les domaines d'un justicier dont il n'est pas le vassal, c'est de ce seigneur, à la cour duquel il ne trouve point ses pairs, qu'il devient le justiciable en matière criminelle. Ainsi veut le principe d'après lequel chacun doit être « justicié de son corps là où il couche et il lève » (2). Donc, en réalité, ce n'est pas sur le lien personnel résultant de cet acte de sujétion volontaire : l'hommage, que repose la compétence. C'est sur l'habitude de vivre sur un territoire déterminé. L'attachement de l'homme au sol, qui est l'essence même du régime féodal, explique, activement, que l'exercice des droits de justice

arester les et prendre, en quelque liu qu'il le truist, hors de liu saint, et bailler le à le justice du liu ».

(1) Mably, *Observations*, l. III, ch. III (t. II, p. 38) : Beaumanoir, I, 13.

(2) « ... Mes autrement est de cix qui ne sont pas saisi et vestu, car s'aucuns le veut acuser du larrecin, il le doit acuser par devant de segneur, desoz qui il est couquans et levans, s'il a arrestance » (Beaumanoir, XXXI, 11) « Je di qu'il doit mix aler à la semonse du segneur desoz qui il est couquans et levans, car il li doit moult plùs d'obeissance qu'il ne fiet as autres segneurs de qui il tient ses heritages tant solement : parce que li sire desoz qui il est couquans et levans a le justice de son cors et la connissance de muebles et de catix et des heritages qu'il tient de li » (Beaumanoir, II, 16). Cf. X, 4, LVIII, 11; *Établissements de Saint-Louis*, II, 13 et 32 : Mably, *Considérations sur l'histoire de France*, liv. III, chap. III (Genève, 1765, t. II, p. 36) ; Fustel de Coulanges, *De l'organisation de la justice dans l'antiquité et les temps modernes*, *Revue des Deux-Mondes*, 1er août 1871, p. 540.

soit inséparable du fief, passivement, que le noble soit justiciable du seigneur sur la terre de qui il couche et il lève. Ce lien réel qui s'analyse en une sorte de possession se confondra souvent, mais non pas nécessairement, avec le lien personnel résultant de l'hommage.

Vis-à-vis de tous ceux qui ne sont pas des nobles — hommes de poeste, vilains, roturiers, coutumiers, ostes, aubains, — la règle est la même. Quelle que soit son origine, quel que soit le lieu de son délit, l'homme qui est tombé sous la puissance d'un seigneur par cela seul qu'il habite sur ses terres — *homo potestatis* — est justiciable de ce seigneur (1). A défaut de pairs, ce seigneur le jugera lui-même, ou, plus souvent, le fera juger par son bailli ou par son prévôt (2). Et le vilain est à la discrétion du seigneur justicier, quand un différend s'élève entre eux : « Par nostre usage n'a-il, entre toi et ton vilain, juge fors Deu, tant qu'il est tes couchans et tes levans, s'il n'a autres lois vers toi que la commune » (3).

Sans doute, l'idée précédente ne donne pas un tableau complet de la compétence répressive des juridictions féodales. Il faut tenir compte aussi de la répartition qui finit par s'établir, suivant la gravité des crimes, entre les *hautes justices*, seules appelées à connaître des meurtres, rapts, viols, incendies, homicides, mutilations, et d'autre part les *basses et les moyennes justices* (4). Il faut tenir compte de la hiérarchie qui fit de certains de ces tribunaux des juridictions d'appel par rapport aux autres. Il faut tenir compte surtout de l'anarchie qui permettait souvent aux vassaux de se soustraire au jugement de leurs pairs, ou, le jugement rendu, d'en devancer l'exécution en le *faussant*, c'est-à-dire, en provoquant, dans un combat singulier, le juge qui en était l'auteur. La répression ne pouvait avoir d'efficacité que lorsque le coupable était un bourgeois, un vilain, un serf, un aubain, bref un homme de condition inférieure, ou un étranger. La même variété devait se rencontrer dans l'application des peines. La rareté des

(1) V. en ce sens, deux [illegible] de 1293 et de 1303, rapportées par Olim, ed. Beugnot, I, p. 781 et III, p. 100. Cf. Kohler, *Internationales Strafrecht*, p. 17; Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris, 1882, p. 6. [illegible] l'individu qui est venu habiter sur les terres d'un seigneur est tenu [illegible] *Droit de la* [illegible], 1905, n° 22, p. 78.

(2) Beaumanoir, chap. [illegible]; *Livre de Justice et de Plet*, I, [illegible], § 4.

(3) Pierre de Fontaines, *Conseil*, XXI, 8; édition Marnier, p. 225.

(4) Beaumanoir, chap. [illegible] des hautes justices et basses.

dispositions que les coutumes renferment à ce sujet témoigne suffisamment que le pouvoir arbitraire du juge, qui caractérise tout notre ancien Régime, a ses origines dans la jurisprudence du Moyen âge. Cette observation diminue sans doute l'intérêt pratique de la question suivante : quelle est la coutume dont le juge féodal, ayant à déterminer la peine, devait faire application ?

La notion de territorialité du droit est généralement liée à celle du régime féodal. La coutume n'a d'empire que dans les limites du territoire pour lequel elle a été faite. Elle gouverne exclusivement le régime des biens immobiliers qui s'y trouvent, tant au point de vue des droits réels qui les grèvent que de l'application, en ce qui les concerne, du régime successoral ou du régime matrimonial (1). Et si les dispositions concernant l'état et la capacité des personnes, ou plutôt certaines de ces dispositions, sont susceptibles de produire effet hors du territoire, cet effet est exceptionnel (2). La réalité — au sens de territorialité — est la règle, la personnalité l'exception. Cela est vrai, sans doute, des matières civiles. Mais cela n'est pas vrai des matières pénales. Quand le juge féodal jugeait, comme il avait qualité pour le faire, pour une infraction commise au dehors, un de ceux qui couchaient et levaient sur ses terres, c'est assurément de sa coutume propre qu'il devait lui faire application (3). Et cette coutume produisait alors un effet personnel (4) — au sens du moins d'extraterritorial. Car à

(1) Lainé, *Introduction au droit internat. privé*, Paris, 1888, t. I, p. 316.

(2) Lainé, *op. cit.*, p. 320 et suiv.

(3) *Sic*, Lainé, *op. cit.*, p. 279. « Il n'est pas téméraire de présumer que le juge de chaque lieu connaissait uniquement la loi locale ». On remarquera que Beaumanoir, s'il prescrit une certaine indulgence à l'égard de ceux qui ignorent la loi, n'envisage nullement le cas où cette ignorance serait le fait d'un étranger auquel on voudrait appliquer la coutume territoriale. Le fait ne pouvait se produire qu'au cas de flagrant délit. Beaumanoir, XXX, n. 94. « On doit moult secorre les negligens qui ne sevent pas les coustumes, *parce qu'ils n'ont point repairié as ples ne as jugements*. Quand ils sont acusé soudainement de ce dont ils ne se donnent garde, quant ils passent la coustume en aucune *coze* sans malice ».

(4) Beaumanoir, au chapitre « *des demandes* » en distingue de trois sortes (VI, 32) : « Trois manières de demandes sont : les unes sont appelées *personix*, que li clerc appelent action *personele* ; les secondes sont demandes *reeles* : les autres sont *mellées*, c'est-à-dire *reeles* et *personeles*. Les demandes *personix* sont qui touquent le persone, si comme convenences, acas, ventes, *vilonies fetes*, obligations, et moult d'autres cas qui poent touquier les persones. Les

la base de cette compétence personnelle des juridictions féodales, il y a toujours, nous l'avons dit, une idée de *réalité*, l'idée que l'homme — aussi bien que l'immeuble, a sa situation sur un territoire — « celui où » il couche et « où il lève ». Mais l'homme, à la différence de l'immeuble, se déplace, et devient le sujet d'actes juridiques, ou l'auteur de délits accomplis en dehors du territoire. Au lieu donc que la réalité de la coutume (*Dinglichkeit* suivant la terminologie allemande) en ce qui touche le droit civil des immeubles, a pour conséquence nécessaire sa territorialité (*Raümlichkeit*), elle se concilie, quant aux dispositions pénales qu'elle renferme, avec une certaine exterritorialité — et c'est ainsi qu'il faut entendre, à notre point de vue, la compétence *personnelle* du droit féodal (1).

Il faut le répéter, ce qui diminue beaucoup l'intérêt pratique de ces observations, c'est d'abord le pouvoir arbitraire presque illimité qui, dans ces temps d'anarchie, appartenait au juge; c'est aussi l'incertitude, l'incroyable variété de la coutume (2) qui amenait

demandes reeles sont quant on demande heritage, terres, bois, prés, vingnes, yeues, justices, segnories, molins, fours, maisons, chens, rentes et autres cozes qui sont tenues por heritages. Les demandes qui sont mellees, ce sont cheles qui commencent personix et deschendent en le fin a estre reeles, si comme se Pierres demande a Jehan un arpent de vigne qu'il li vendi ou qu'il li donna ou qu'il li convenencha à garantir : tex demandes sont mellées; car elles sont personix, porce que elles touquent le fet de le persone, et se sont reeles, parce que le fins de le demande deschent sor l'eritage ». — On ne saurait manquer de reconnaître en ce passage la source de la division tripartite des *statuts* en statuts personnels, reels et mixtes qui sera consacrée plus tard par d'Argentre, et apres lui par les auteurs francais du XVIII[e] siècle. A cet égard, il n'est pas sans intérêt de constater que Beaumanoir range dans la catégorie des demandes personnelles les demandes pour *vilonies fetes*, c'est-a-dire les demandes en matière délictuelle.

(1) Comme le dit très exactement Laferrière : « la juridiction cessa d'etre personnelle, c'est-a-dire qu'elle ne s'appliqua plus aux personnes et aux choses selon la loi d'origine ou de nationalité des individus. La juridiction devint reelle, c'est-a-dire qu'elle s'appliqua aux personnes, *à raison de leur naissance ou de leur habitation*, et aux choses, à raison de leur situation dans le territoire de tel duché ou de tel comté » (Laferrière, *op. cit.*, p. 427). Cf. Weiss, *Traite théorique et pratique de droit international privé*, 2[e] éd., t. III (1912), p. 75.

(2) Beaumanoir, *Prologue* (*in fine*) : « Et bien y pert à ce que les persones sont si diverses, c'on ne pourroit pas trouver, el royaume de France, deux chasteleries qui de toz cas uzassent d'une meisme coustume. Mais pour ce, ne doit on pas laissier à prendre et à retenir les coustumes du pays où on est estans et demorans, car plus legierement en aprent on et retient-on les autres, et mesmement de plusors cas eles s'entresivent en plusors casteleries ».

tantôt des supplices barbares, tantôt une impunité complète, sans qu'il fût plus facile de rendre compte des uns que de l'autre. Lorsqu'aux XIe et XIIe siècles, il se produisit en France une pénétration du droit romain, son influence se manifesta aussi, devant les juridictions féodales, par l'intervention des légistes. Ce fut un élément d'unité, dont témoignent, d'abord, les livres de Pierre de Fontaines et de Beaumanoir. A partir des XIIIe et XIVe siècles, le développement du pouvoir royal, l'abaissement corrélatif des juridictions seigneuriales devait achever cette œuvre d'unification de la justice, dont le dernier effet allait être de substituer à la compétence personnelle du droit féodal une compétence territoriale.

On s'est efforcé, dans les pages précédentes, de préciser les différentes acceptions de cette compétence personnelle, en matière répressive. On a distingué la personnalité du droit barbare, fondée sur l'origine : la personnalité de la compétence ecclésiastique, consistant dans le lien spirituel qui unit les clercs et les fidèles à l'Église ; la personnalité féodale, à la base de laquelle on trouve la notion réelle de l'attachement au sol. On verra que ces distinctions sont loin d'être indifférentes pour comprendre le développement postérieur des règles de droit interne ou de droit international sur la compétence pénale.

CHAPITRE IV

LA DOCTRINE ITALIENNE DES STATUTS

SOMMAIRE. — Son origine. — Les influences qui ont déterminé sa formation. — Les études de droit romain : les glossateurs du XIIe siècle et leurs théories sur la compétence pénale ; la glose d'Accurse, sur le titre *ubi de criminibus*. — L'influence du droit canonique ; les officialités ; l'inquisition. — L'influence du droit municipal des villes italiennes ; organisation politique et sociale ; rapports entre les cités.

On désigne ainsi l'ensemble des théories élaborées par les juristes italiens du XIIe au XVIe siècle pour résoudre les questions de compétence judiciaire ou législative qui se posaient entre les cités voisines et indépendantes du Nord de l'Italie. — « Issue d'une glose, très ancienne peut-être, recueillie par Accurse, écrit M. Lainé (1), elle formait déjà, vers la fin du XIIIe siècle, un petit corps de règles que l'on chercherait vainement dans nombre de nos législations contemporaines ». La Doctrine italienne des statuts fonde la plupart de ses solutions sur le droit romain. Mais elle a subi l'influence du droit et des institutions de l'Église. Elle emprunte aussi ses décisions aux statuts des villes italiennes, dont elle a pour objet propre de déterminer le domaine d'application territoriale.

Depuis que Justinien, ayant recouvré l'Italie, lui avait transmis ses lois, le droit romain, malgré les changements politiques, avait conservé son influence. Après l'invasion des Lombards, dont le Roi Rotharic, au VIIe siècle, réunit les coutumes en un Code germanique (2), il resta prépondérant dans l'exarchat de Ravenne, à

(1) *Lainé, Introduction au droit international privé*, t. I, p. 248 et suiv.

(2) V. l'Edit publié par *Bluhme* dans les *Monumenta Germaniæ leges* (M. G. L., IV). Cet édit des rois Lombards, joint, à la suite de la conquête franque, à la collection des capitulaires italiens (Capitulare italicum), est devenu un ouvrage unique, le *Liber Papiensis* ou Capitulare Longobardorum. Cf. ci-dessus, p. 79.

Rome et dans les villes du Sud de l'Italie. Dans le Nord même, Rotharic laissa aux vaincus l'usage de leur loi personnelle (1). Ce fut cette loi qui, loin de s'effacer, pénétra le droit barbare, se fit sentir dans les actes législatifs, et devint l'élément essentiel du droit commun (*jus commune*) (2) qui, parmi la variété des législations statutaires, est un ensemble de principes de droit et d'usages observés dans toutes les villes de la Lombardie.

En matière pénale, son influence se manifesta par la nature des peines : la peine de mort, à l'égard des actes que le droit romain punissait ainsi ; la *deportatio*, l'*aquæ et ignis interdictio*, d'autant plus facilement admise par les populations de races germaniques qu'elle ressemble à la *Friedlosigkeit* du droit lombard ; la *confiscation*, etc. Au contraire, les mutilations, qui restent en usage, proviennent du droit lombard (3).

Le droit romain n'avait cessé, d'ailleurs, d'être étudié en Italie. M. de Savigny a ruiné la légende d'après laquelle il aurait péri sous l'Empire pour ressusciter au XII[e] siècle, à la suite de la découverte d'un manuscrit des Pandectes à Amalfi. La pratique s'était fait un droit romain abrégé que l'on retrouve, depuis les actes ravennates du V[e] siècle, jusqu'aux écrits de valeur qui furent publiés au XI[e] siècle, le *Petrus*, le *Brachylogus*. C'est l'époque où se créent, à Rome, Ravenne, Pavie, Vérone, des écoles de droit,

(1) Cf. D[r] Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwickelung des internationalen Privat und Strafrechts bis Bartolus. Erstes Stück : Die Geltung der Stammesrechte in Italien*, München 1901, § 17 : *Die Einführung der persönlichen Rechte im longobardischen Gebiet;* § 19 *b : Römisches Recht* (pp. 88 et 188).

(2) La prépondérance que le droit romain acquiert peu à peu, relativement au droit lombard, dans la formation du droit commun, est retracée par Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwickelung.*, § 15 (p. 194). *Das römische als gemeines Recht.* — Au XII[e] siècle et dans le courant du XIII[e] siècle, les deux droits coexistent. Plus réservé lui-même que *Martinus Gosia*, que *Pillius*, dans l'utilisation du droit lombard, *Bulgarus* dit encore : « Quidam sunt qui... inferre volunt legem Longobardam non esse legem.... quibus non consentio ». *Hugolinus* cite la Lombarda « in legibus » *Roffredus* oppose les *legistæ Romani* aux *legistæ Longobardi*. Mais, déjà, Roffredus considère le duel judiciaire comme une *impia consuetudo*. *Odofredus* (+ 1265) dit : « Longobarda non est lex nec ratio, sed est quoddam jus quod faciebant reges per se ». *Andreas de Barulo* (+ après 1265) ajoute : « Quasi superfluum erit in jure longobardo studere, postquam notaverim casus omnes in quibus dictum jus longobardum a jure romano discordet, cum in ceteris aliis tanquam immutatum firmum remaneat jus commune ».

(3) J. Kohler, *Studien aus dem Strafrecht* Mannheim 1890 : *Das Strafrecht der italienischen Statuten vom 12-16 Jahrhundert; Allgemeiner Teil: Erste Hälfte*, p. 10.

qui, dès la première moitié du XIIe siècle, vont être éclipsées par l'école de Bologne. Les maîtres de ces écoles sont les *glossateurs*, dont l'œuvre consiste surtout dans les commentaires, ou *gloses* qu'ils attachent aux textes de la législation justinienne (Digeste, Code et Institutes) (1).

A Bologne, dans les premières années du XIIe siècle, l'enseignement du glossateur *Irnerius* (Guarnerius ou Warnerius) qu'Odofredus appellera plus tard *lucerna juris*, fait oublier celui de son prédécesseur, Pepo de Varenne. Il forme des disciples, Bulgarus, Martinus Gosia, Jacobus et Hugo de Porto-Varennate, Magister Aldricus (milieu du XIIe siècle). De Bulgarus procède une nouvelle génération de glossateurs (2) : Rogerius, Placen-

(1) Les glossateurs ne connaissent ni Gaius, ni les fragments des jurisconsultes classiques comme Ulpien, ni les Basiliques. Pour les Pandectes, ils se servent du manuscrit de Pise (*littera Pisana*) qui, transporté en 1504 à Florence où on le conserve encore, prit le nom de Florentine. Les anciens manuscrits (*littera vetus, antiqua*), rectifiés à l'aide du manuscrit de Pise, donnèrent le texte classique de la Vulgate (*lectio vulgata*), déjà fixé vers le milieu du XIIIe siècle. Pour le Code et les Institutes, les glossateurs se bornèrent à comparer entre eux les manuscrits qu'ils possédaient. — C'est à eux que remonte la division bizarre des Pandectes en trois parties adoptée dans la plupart des éditions du XVIe siècle : Digestum vetus (L. Ier à XXIV, t. II). Infortiatum (L. XXIV, t. III, à L. XXXVIII). — Digestum novum (L. XXXIX, t. I à L. L). — Cf. *Brissaud, Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, Paris, 1904, p. 205.

(2) Quelles furent, sur les conflits de compétence pénale, les opinions des glossateurs? Les écrits de plusieurs d'entre eux étant perdus, elles nous sont connues, surtout, par les témoignages de leurs successeurs. On peut en dégager les données suivantes (Cf. Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwickelung*..., t. II, p. 57). 1° Ces auteurs sont attachés, en principe, à l'application de la *lex fori*. Ce principe, affirmé par Azo, au témoignage d'Odofredus (*Lectura in Digestum vetus*, D. 5, 1, 1, 10) est maintenu par Jacobus Balduini qui, au dire d'Alberic de Rosate, en aurait proposé la justification suivante : « Dominus Jaco. Bal. hic videtur sentire quod servari debeant statuta et consuetudines judicis, quia illum eligendo videntur eligere statuta et consuetudines suas, argumento. C. 8, 10 3 et D. 22, 5, 3 ». Mais le même Balduini est le premier qui, si l'on en croit Jacobus de Ravanis et Odofredus, ait nettement séparé le fond du droit, et la forme, seule soumise à la *lex fori*. Une opinion représentée par Magister Aldricus, Azo, Hugolinus veut que le juge s'inspire avant tout de la justice, et applique la coutume « *quam volet* ». Aldricus semble toutefois donner la préférence à la loi du juge. — 2° Quel est ce juge? L'idée de la compétence territoriale s'est implantée de bonne heure, par interprétation des sources romaines en particulier. C. I. 1, 1 et D. II. 1, 20. On a admis facilement que la répression s'étend, suivant le *jus commune*, aux délits commis par des étrangers sur le territoire (Rogerius, Placentinus, Hugolinus, Accursius). On a opposé quelque résistance à l'application des statuts locaux aux

tinus † 1192; Albéricus; Johannes Bassianus, Pillius (mort après 1207), Azo † 1230, Hugolinus † après 1233, Roffredus, Jacobus Balduini, Martinus de Fano (1220-1272) et enfin le fameux *Accurse*, originaire de Florence, né vers 1182, professeur à Bologne en 1221, assesseur du podestat de cette ville en 1252, mort entre 1259 et 1263, dont l'œuvre capitale, *la grande Glose* ou *glossa ordinaria* est la réduction de l'œuvre des glossateurs antérieurs ou contemporains (surtout, semble-t-il, des plus anciens) — d'autant plus précieuse pour nous que la plupart des manuscrits mis à contribution par Accurse sont perdus (1).

Sur la question qui nous occupe, celle de la compétence pénale, les développements de la grande Glose sont attachés au texte fondamental du Code (2), déjà cité par nous :

C. III. 15. *Ubi de criminibus agi oportet, 1. — Quæstiones eorum*

étrangers (Martinus de Fano cité par Cinus, *Commentaria in Codicem*, C. 1. 1. 1, 7). On a admis cependant, pour des raisons de police, que l'interdiction d'exporter des denrées et les pénalités qui la sanctionnent concernent les étrangers (Ubertus de Bobbio, Guido de Suzaria, Martinus de Fano). De Martinus date peut être, comme Albericus le laisse entendre, l'etymologie fantaisiste qui rattache le mot *territorium* à *terrere*. — 3° Dès le temps des glossateurs, une part fut faite à la compétence du *judex domicilii* à l'égard des délits commis, des contrats passés à l'étranger. En ce sens, Rogerius, Placentinus, Azo, Hugolinus, Accursius. — Enfin, il faut inscrire à l'actif des auteurs de cette époque : l'idée, exprimée tout au moins par Magister Aldricus, et qui est la base même du droit international privé, que l'application d'une loi étrangère peut être obligatoire pour le juge; — l'admission, en matière pénale, de la *remissio* (Rogerius, Placentinus, Azo, Hugolinus, Balduini, Accursius) qui doit être accordée par le *judex deprehensionis* au *judex loci delicti*, ou même par ce dernier au *judex domicilii* (Irnerius, Rogerius, Accursius) et qui peut avoir simplement pour objet l'exécution de la peine (Hugolinus, Accursius); — l'effet extra-territorial des sentences pénales, qui concerne le bannissement, l'interdiction d'exercer une profession (*quasi infamia ipsum semper concomitetur sicut lepra leprosum;* Accursius. D. 3, 1, 9, *non irrogat*), la confiscation, à laquelle il est procédé avec le concours du *judex rei sitæ*, mais qui ne s'étend pas à l'aggravation de la récidive (Ubertus de Bobbio, cité par Gandinus, *de Maleficiis*, rubrica *de furibus*, n. 3). Il résulte enfin du passage de la grande glose cité au texte que certains glossateurs, notamment Pillius, ont admis, tout au moins à titre subsidiaire, la compétence du *judex deprehensionis*. Placentin interprétait dans le même sens le texte. C. III, 15, 1. Mais l'interprétation différente qui a triomphé dans la grande Glose, et qui est rapportée au texte, était déjà défendue par Azo. Cf. von Martitz, *Rechts hilfe in Strafsachen*, t. I, p. 151.

(1) Sur Accurse et ses prédécesseurs, voir Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2e éd., vol. V, 1850, chap. XXXXII; Regelsberger, *Pandekten*, t. I, Leipzig, 1893, p. 34.

(2) On sait que les développements de la Grande Glose relatifs au conflit des

criminum quæ legibus aut extra ordinem coercentur, ubi commissa vel inchoata sunt, vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur criminis perfici debere satis notum est.

Voici le commentaire de la glose :

Sur le titre : *Ubi de criminibus : Causa criminalis tractatur altero de tribus locis : scilicet ubi crimen est commissum vel causa est inchoata, vel ubi deprehenditur reus habere domicilium.*

Sur les mots : *Quæstiones. Tu Mutinensis Bononiæ deliquisti : ubi convenire debeas quæritur. Respondeo : ubi deliquisti. Item ubi causa inchoata est.*

Reperiuntur. Id est ubicumque sint, secundum P. (*Pillius*). *Unde illud ubi te invenero ibi te judicabo et pro eo j. l. prox. ibi ubi degit.* (C. III. 15, 2), *Tu dic : reperiuntur sc. habere domicilium sive forum quod multis modis constituitur... vel dic quando loquitur ibi de vagabundis, ut illi ubi libet possunt conveniri.*

D'après le commentateur, le texte du Code attribue donc compétence au tribunal du lieu de commission du délit. Suivant Pillius, dont l'opinion est rapportée, le juge du lieu d'arrestation peut également être saisi. Mais l'auteur de la grande glose, opposant à la solution de Pillius une interprétation différente du texte — qui devait avoir, chez les auteurs suivants, une singulière fortune (1) mais qui fut énergiquement et justement combattue par Doneau (2)

statuts en matière civile sont rattachés au texte suivant, qui est aussi un texte du Code :

C. I. 1. *De Summa Trinitate et de fide catholica, et ut nemo de ea re publice contendere audeat* 1. *Impp. Gratianus, Valentinianus et Théodosius A. A. A. ad populum urbis Constantinopolitanæ.* Cunctos populos quos clementiæ nostræ regit imperium in tali volumus religione versari quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat..

Sur les mots : *Cunctos populos*, le glossateur fait la remarque suivante : Quod si Bononiensis conveniatur Mutinæ, non debet judicari secundum statuta Mutinæ quibus non subest. Cum dicat quos nostræ clementiæ regit imperium, videtur hic textus supponere quod non omnes populos regit imperator...

(1) Il est à remarquer cependant que des auteurs français du XIIIe et du XIVe siècle ont fondé sur le texte C. III. 15 la compétence du *judex deprehensionis*. V. *Le Conseil de Pierre de Fontaines*, chap. XXXI, et la *Somme rurale* de Boutillier, livre I, tit. 34. — L'interprétation des mots *vel ubi reperiuntur* est restée, suivant l'expression de Placentin (Cf. von Martitz, *loc. cit.*) « la croix des criminalistes ».

(2) *Donellus, Commentaria juris civilis lib. XVII cap. XVI :* « ... Cum illis opponantur verba superiora ad l. 1 C. *ubi de crim.* non dubitat Accur-

— trouve dans ce texte l'attribution de compétence au *forum domicilii*. Le juge du lieu d'arrestation ne pourra être saisi que des affaires concernant une catégorie spéciale de malfaiteurs : les ***vagabundi***.

On voit de quelle exégèse attentive et ingénieuse, d'ailleurs dépourvue de perspective historique, les textes de Justinien étaient l'objet : « Les glossateurs, écrit M. de Stintzing (1), ne reconnaissent d'autre base que le texte des grands recueils de Justinien, ni d'autre voie pour arriver à la science du droit que l'interprétation de cette source pure. L'exégèse est le fondement naturel et unique de leur doctrine; la lecture incessante des lois romaines leur est une mine inépuisable; c'est là leur cercle d'études, d'où ils ne sortent jamais, pas même dans ceux de leurs travaux qui revêtent une forme plus libre, telle que les sommes et les brocards. C'est à cette méthode exacte, réalisée avec une vigueur intellectuelle surprenante, qu'il faut attribuer la disparition et l'oubli de la littérature antérieure, et avec elle des débris d'une tradition de l'antiquité reculée qui s'y étaient conservés, comme aussi le fait qu'à partir de ce moment semble naître, tout d'un coup, la science juridique du Moyen âge ».

L'influence du droit canonique s'est exercée aussi sur la formation de la doctrine des statuts. Dans l'organisation sociale du Moyen âge, l'évêque est investi d'un double pouvoir de juridiction : un pouvoir de juridiction spirituelle, vis-à-vis de tous les fidèles, en vertu duquel est prononcée l'excommunication ; un *pouvoir de juridiction criminelle* à l'égard des clercs exclusivement soumis à son autorité. Ce pouvoir judiciaire de l'Église, remontant par ses origines aux premiers siècles du christianisme, après s'être maintenu et développé au milieu des révolutions qui font suite aux in-

sius et cum Accursio reliqui sic interpretari : ubi reperiuntur rei, id est *ubi reperiuntur domicilium habere*. Sed hoc quam recte non difficile est cuivis judicare. Certe verba aperte refragantur. Quid enim, quæso, commune inter se habent hæ orationes, ubi reperitur reus et ubi reperitur domicilium habere? Nihilo certe plus, quam si ubi reus reperitur interpretatur quis ubi reperitur navigare, aut fodere, aut insulam ædificare ». — L'interprétation de Doneau, généralement admise, suivant laquelle l'auteur de la constitution a voulu établir la compétence du *forum deprehensionis*, est contestée par Caspar *Ziegler* (1621-1690) *De judicum officio vel delictis tractatus moralis*, 4e éd., 1754, concl. XV, § 36; Gluck (*Pandekten*, vol. VI, § 518) soutient que le texte signifie seulement que l'instruction doit avoir lieu — et non que le jugement doit être rendu — au lieu de l'arrestation.

(1) Stintzing, *Geschichte der populären Litteratur*..., p. 91, cité par *A. Rivier*. La science du droit dans la première partie du Moyen âge. *Nouvelle **Revue historique***, 1877.

vasions barbares, reçoit, au déclin du XIIe siècle, une extension nouvelle et une organisation définitive. Alors, l'enseignement des Pandectes et du Code, libéralement distribué à Ravenne, à Pavie, à Bologne, se répand parmi des disciples curieux d'apprendre et de mettre en pratique les règles de la législation impériale : or ces règles consacrent déjà et réglementent le pouvoir judiciaire de l'Église. On réunit en recueils les décrétales des Papes, comme jadis on avait réuni dans des Codes les constitutions des empereurs. Et l'Église, la seule puissance universellement reconnue, se met en possession d'un corps de lois de beaucoup supérieures à toutes les lois du temps, œuvre législative que les décisions des papes ne cessent de compléter et de réformer (1).

De la fin du XIIe siècle datent les *officialités*, tribunaux épiscopaux dont l'institution est la conséquence de la lutte des évêques contre les usurpations d'auxiliaires ambitieux, les archidiacres : la conséquence aussi des progrès que font, dans les écoles et dans la pratique, les compilations de Justinien.

Au début du XIIIe siècle, le droit canonique doit à l'initiative d'Innocent III l'introduction d'une procédure nouvelle, appelée à un grand avenir : la *procédure inquisitoire*. Jusque là, en vertu des règles traditionnelles de l'*ordo*, la poursuite criminelle était déterminée par l'*accusatio* de la victime. Souvent, celle-ci reculait devant un acte aussi grave, pouvant entraîner des représailles. Sous Innocent III (1215), l'Église réagit. Elle se contente du bruit public (diffamatio) ou d'une dénonciation secrète (cum promovente) pour ouvrir une instruction (inquisitio). L'action est intentée d'office par le juge et cet usage s'étend aux juridictions séculières. Plus tard, l'action sera mise en mouvement par un corps de magistrats spécialement organisé à cet effet : le ministère public. Dès la seconde moitie du XIIIe siècle, il existe devant les tribunaux séculiers d'Italie (2).

Enfin, au point de vue strictement pénal, l'influence de l'Église s'est manifestée par un adoucissement de la répression : elle a fait admettre la faculté de rachat pour la peine de mort et les mutilations (3).

Son influence se manifeste aussi par l'idée *d'expiation* qui intervient dans des motifs de jugement (4).

(1) Fournier, *Les officialités au Moyen âge*. Paris, 1880, p. 95. V. ci-dessus, p. 82.

(2) Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*. Paris, 1904, p. 148.

(3) Kohler, *Studien aus dem Strafrecht. Das Strafrecht der italienischen Statuten vom 12-16 Jahrhundert* ; p. 12.

(4) Par exemple à Padoue, en 1277 : « ... cum res sit mali exempli talia facere

La lutte de l'Église et de l'Empire remplit le Moyen âge italien. C'est à la faveur de cette lutte, en s'appuyant tantôt sur l'une, tantôt sur l'autre de ces deux puissances, que les cités italiennes ont conquis leur liberté. Aux IXe et Xe siècles, nominalement soumises à la suzeraineté de l'Empereur, elles obéissent à la direction des évêques qui réunissent en leurs mains l'administration, la justice, la police et l'armée. A la fin du XIe siècle et dans la première moitié du XIIe siècle s'accomplit la Révolution qui dans beaucoup de villes substitue au Gouvernement épiscopal l'autonomie municipale. Dès lors, la cité lombarde a ses consuls, qu'assiste le conseil appelé *credentia*, et son assemblée générale (*concio publica*, *parlamentum*) convoquée dans les circonstances graves. Elle a ses lois municipales ou *statuts*, coutumes issues en partie des lois lombardes, en partie des nouveaux usages, qui seront rédigés et en quelque sorte codifiés au cours du XIIIe siècle (1). Le domicile (*domicilium*, *origo*) est le lien de droit qui rattache les habitants à la cité. Il jouera dans les conflits entre statuts le même rôle que la nationalité aujourd'hui dans les rapports entre États indépendants.

Ce terme « autonomie » ne doit pas évoquer dans l'esprit du lecteur un régime de liberté paisible. La liberté n'existe pas dans la cité, où l'individu, entravé par les règlements qui dominent jusqu'aux actes de sa vie privée, limitent le nombre de figuiers et d'amandiers qu'il peut planter dans son champ, le nombre de prêtres et de cierges qui accompagneront ses funérailles, est « attaché à sa ville aussi rigoureusement que le colon à sa glèbe » (2). — La paix ne règne pas entre les cités, que séparent des haines féroces. En Toscane, ce sont les luttes de Pise et de Lucques, de Florence et de Sienne. En Lombardie, ce sont les ligues rivales qui se forment entre les cités : ainsi, en 1158, d'un côté Milan, que suivent Brescia, Plaisance, Parme, Modène : de l'autre Pavie, avec Cremone, Lodi, Côme : en 1191, Crémone, Pavie, Côme, Bergame, Lodi s'allient contre Milan. Entre les cités ennemies, l'union ne s'établit que pour résister à la tyrannie impériale. — En 1156, Frédéric Barberousse franchit les Alpes et vient châtier les Milanais. Dès cette époque, l'institution des *podestats*, magistrats suprêmes des villes italiennes, que l'Empereur nomme ou confirme, est la marque de sa suzeraineté. L'au-

et sit detestabile apud deum in detrimentum communis Paduae ut alii sit in exemplum... ». Kohler, *loc. cit.*, p. 16.

(1) Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 98.

(2) Gebhart, *Les origines de la Renaissance en Italie*, Paris, 1879, p. 84 et suiv.

torité des podestats est maintenue, mais restreinte, par la paix de Venise conclue en 1177, à la suite d'une nouvelle invasion, entre Frédéric et les villes lombardes. L'année 1250 voit la mort de Frédéric, la fin des Hohenstaufen et la ruine définitive du pouvoir impérial. C'est le point de départ d'une anarchie nouvelle à l'intérieur des villes que déchirent les factions, dans les rapports entre les villes où la guerre est l'état normal pendant la seconde moitié du XIIIe siècle.

La brutalité des mœurs, dans une telle époque, explique certains caractères de la répression, où l'idée d'intimidation s'allie à celles d'expiation et de vengeance [1]. Elle était peu favorable, semble-t-il, à l'élaboration scientifique. Mais l'était-elle davantage au développement du commerce, à l'éclosion de la littérature et de l'art? Or il régnait entre ces cités d'Italie, entre ces cités et le reste du monde une activité économique et un échange d'idées incessants. Le XIIIe siècle est le temps où les marchands de Florence répandent dans le monde entier leurs draps façonnés, où ses banquiers disséminent leurs comptoirs depuis l'Angleterre jusqu'à l'Extrême Orient; le temps où Venise concentre presque tout le commerce de l'Occident avec l'Orient. C'est le début de la Renaissance. Dante naît en 1265. Il semble que l'activité individuelle, dans tous les domaines, soit surexcitée par l'existence d'agitation continue et de combats. Le commerce intense, la circulation fréquente entre des villes dont chacune a ses lois propres, multiplie ces conflits que la Doctrine italienne essaiera de résoudre. Et comme ce milieu troublé est pour les criminels un bouillon de culture, comme la nécessité d'une répression énergique apparaît, c'est sur le terrain du droit pénal que l'élaboration de règles fixes sera particulièrement utile. — Tel est le but vers lequel se sont efforcés les postglossateurs.

Section I

L'École des postglossateurs.

Sommaire. — Caractères de cette école: ses principaux représentants et leurs œuvres. — 1° *Délits commis sur le territoire :* responsabilité pénale des

1 Extraits de jugements rendus à *Padua* en 1259 : « ... propter exemplum ut pena unius sit metus multorum » (Padua, n. 1324) — en 1277 : « .... cum res sit mali exempli talia facere et sit detestabile apud Deum in detrimentum communis Paduae, ut alii sit in exemplum (Padua, n° 1359). — Cf. Kohler, *Studien aus dem Strafrecht*, Mannheim, 1890, p. 16.

étrangers : d'après les statuts des villes italiennes — d'après la doctrine. — Application territoriale des statuts dans ses rapports avec le droit commun. — Exception fondée sur l'ignorance de la loi. — 2° *Délits commis par des domiciliés hors du territoire* : examen du droit positif. — Le *judex domicilii*, en l'absence d'une accusation privée, peut-il procéder *per inquisitionem?* — Caractère subsidiaire de la compétence du *judex domicilii* : la *remissio;* effets de la chose jugée. — Le juge du domicile appliquera-t-il le *statutum domicilii?* — Effets de sa sentence. — 3° *Délits commis par des non-domiciliés hors du territoire de la cité.* — Infractions dirigées contre la cité ou ses ressortissants. — Compétence du *judex deprehensionis* à l'égard des *vagabundi*, des *latrones*, des *banniti*. — Prorogation de la compétence criminelle.

Les glossateurs étaient des professeurs et des savants. Les postglossateurs sont l'un et l'autre. Mais ce sont, en même temps, pour la plupart, des praticiens, des avocats, des administrateurs, des hommes politiques, sensibles surtout aux nécessités de leur temps. Les textes des compilations justiniennes restent la base de leurs dissertations. Encore ont-ils pris l'habitude d'attacher leurs commentaires aux commentaires de leurs prédécesseurs, de faire des gloses sur la grande Glose, plutôt qu'ils ne remontent directement aux sources romaines (1). Ce qu'ils demandent à celles-ci, c'est moins la solution des problèmes qui les occupent, que des arguments en faveur des solutions qui leur ont été suggérées par la pratique.

Au surplus, quelle ressemblance entre la situation du monde Romain sous le Bas Empire et le régime des cités dont les postglossateurs ont dû organiser les relations juridiques, dans le domaine du droit civil et du droit pénal? Les auteurs des constitutions du Code et des Novelles se bornent à régler la compétence judiciaire des Gouverneurs de provinces faisant partie d'un même Empire. La tâche des postglossateurs est singulièrement plus complexe. La variété des statuts, œuvres de cités indépendantes, se complique encore de l'existence d'un *jus commune*, qui les régit toutes. Il s'agit d'apprécier la validité des statuts dans celles de leurs dispositions qui semblent contraires au *jus commune*. Il s'agit, en second lieu, de déterminer le domaine d'application respective du *jus commune* et des statuts de chaque cité. Il s'agit

(1) Regelsberger, *Pandekten*, t. I, p. 21. Cette méthode détermina, quand le droit romain devint plus tard, en France, en Allemagne, un droit commun positif, la règle d'interprétation qui reçut, au début du XVIIIe siècle, l'expression suivante : *Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum* (Regelsberger, *loc. cit.*).

enfin, indépendamment de la compétence judiciaire, de régler, dans leurs rapports réciproques, la portée territoriale des statuts de chaque cité.

Ce qui élargit encore l'horizon du droit, et complète la physionomie de la nouvelle École, c'est la pénétration qui s'établit entre les universités italiennes et les nouvelles universités créées en France — celles de Toulouse et de Montpellier en particulier — soit par l'affluence, dans l'Université illustre de Bologne, d'étudiants français, soit par la formation, dans cette Université, de futurs maîtres des Universités françaises : Jacques de Revigny, Guillaume Durant, Pierre de Belleperche, Jean Fabre.

Quelques détails sur les plus illustres d'entre les postglossateurs aideront à caractériser leur œuvre. *Odofredus* (✝ 1265) élève de Roffredus et d'Accurse; avocat en France; en 1238, assesseur du Podestat de Padoue : à partir de 1244, professeur à Bologne, et chargé par le gouvernement de cette cité de conduire des négociations importantes; auteur d'écrits exégétiques, leçons recueillies par ses élèves, où l'abondance des détails fatigue l'esprit du lecteur en particulier, ses *Lecturæ in Codicem* (1). — *Dinus*, professeur à Pistoie en 1279, à Bologne en 1289; un seul de ses ouvrages parvenu jusqu'à nous : ses *additions à la Glose d'Accurse* (2). — *Jacobus de Arena* (fin du XIIIe siècle) (3). — *Rolandinus de Romanciis*, professeur et avocat; mort en 1284; auteur d'un ouvrage intitulé : *de ordine maleficiorum*, le premier ouvrage spécial sur le droit criminel, dont malheureusement tous les manuscrits sont aujourd'hui perdus. — *Jacobus de Ravanis* ou *de Ravena* (Jacques de Réviguy) né en Lorraine, étudie à Bologne, élève de Jacobus Balduini; professeur à Toulouse en 1274, mort évêque de Verdun vers 1296; auteur de *Repetitiones* et de *Lecturæ*; fréquemment cité par les auteurs plus récents, Bartole, Balde, etc. — *Guilielmus Durantis* (Guillaume Durant) 1237-1296, né en Languedoc, élève d'Accurse et d'Odofredus, professeur à Modène; meurt évêque de Mende; auteur du *Speculum juris* « qui, comme l'Océan, les fleuves, reçut l'étoffe des écrits antérieurs, et fut enrichi par les expériences qu'avait faites l'auteur dans sa vie active, comme professeur de droit, comme juge et comme homme d'État ». D'où le nom de *Speculator* par lequel ses successeurs le désignent (4). — *Albertus Gandinus*, né proba-

(1) Cf. Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2e éd., vol. V, 1850, p. 163.

(2) Savigny, *Geschichte*..., V, p. 169.

(3) Laine, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 116.

(4) Nous le citons d'après l'édition de Francfort (1592), reproduite par F. Meili, *Über das historische Debut der Doktrin des internationalen Privat und Strafrechts*, *Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, 1899, p. 1 — et l'édition de Bâle, *Durandi episcopi speculum juris, Joan-Andreæ Baldi reliquorum que praestantissim. i. v. doctorum theorematibus illustratum, et ab innumeris erroribus repurgatum*, Basileæ, 1574, lib. II, partic. I. *De competentis judicis aditione*, p. 390. Sur Durantis, v. Glasson, *Nouv. Rev. hist.*, 1881, p. 417, 418. Betmann-Hollweg, Der Civil Prozess des gemeinen

blement à Crema, entre 1235 et 1250; juge criminel à Florence de juillet à décembre 1288; juge civil à Sienne; podestat à *Fermo* (petite ville au sud d'Ancône) du 1er mars au 1er septembre 1305; auteur du *Tractatus de maleficiis*, traité sur le droit et la procédure criminelle, dont la 1re édition parut à Perugia en 1288 et la 2e à Sienne en 1300; on y trouve un tableau intéressant de l'administration de la justice à cette époque. Des passages de ce livre renvoient aux *Quæstiones statutorum* où se trouvent les idées de Gandinus sur le conflit des lois pénales (1). — *Petrus de Bellapertica* (Pierre de Belleperche) né en Bourbonnais; élève de Jacques de Révigny; professeur à Toulouse et Orléans; évêque d'Auxerre en 1300; mort en 1308. Ses *Repetitiones in aliquot divini Justiniani imperatoris leges* nous offrent, à propos de la loi *De summa trinitate* et de la glose *Cunctos populos*, l'esquisse d'une doctrine sur le conflit des lois (2). — *Oldradus*, né à Lodi, élève de Jacobus de Arena et de Dinus, professeur à Padoue de 1307 à 1310, puis à Sienne et à Montpellier; maître d'Alberic de Rosate et de Bartole; mort à Avignon en 1335; auteur des *Consilia* (333 consultations, dont plusieurs éditions ont paru, la première à Rome en 1472). — *Jacobus Buttrigarius*, maître de Bartole (3). — *Jacobus de Bellovisu* (Jacques de Bellevue) 1270-1335; né à Bologne; élève de Franciscus Accursius (le fils du grand Accurse), et de Dinus; professe à Padoue, Sienne, Bologne (de 1296 à 1297), Naples et Pérouse; maître de Bartole; auteur de la *Practica criminalis*, imprimée pour la première fois en 1515 (4). — *Cinus Pistoriensis* (1270-1336) né à Pistoie, élève de Dinus; professeur à Trévise, Sienne, Pérouse, Florence; ami de Dante, maître de Bartole; auteur de la *Lectura in Codicem*, où il rattache à la loi *Cunctos populos* toutes ses explications sur le conflit des statuts. D'après Savigny, il se distingue par l'amour de la dialectique, mais aussi par l'originalité de sa pensée et son intelligence pratique; seul des jurisconsultes de son temps, il cite la pratique des tribunaux. — *Johannes Faber* (Jean Fabre) né dans l'Angoûmois; étudiant et professeur à Montpellier; avocat à Angoulême; sénéchal; auteur du *Breviarium in Codicem*, où, commentant le titre *De summa trinitate* et la loi *Cunctos populos*, il s'attache aux deux questions suivantes : Quelles sont les bornes

Rechts in geschichtlicher Entwickelung, VI, p. 203 et suiv.; Savigny, *Geschichte*, V, p. 571; Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I, p. 14; Lainé, *Introduction*, t. I, p. 118.

(1) Nous citons le texte de Gandinus d'après l'ouvrage suivant : *Bibliotheca juridica medii ævi scripta anecdota glossatorum vel glossatorum ætate composita : scilicet Pillii, Jacobi Bertoldi, Alberti de Gandino, Johannis Viterbiensis, Vaccellæ, aliorumque...* Bononiæ, 1901; — Cf. *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik von Hermann u. Kantorowicz. Erster Band. Die Praxis : ausgewählte Strafprozessakten des dreizehnten Jahrhunderts nebst diplomatischer Einleitung von der Savigny Stiftung unterstützt*, Berlin, 1907.

(2) Nous citons son ouvrage : « *Petri a Bellapertica Galli repetitiones* » d'après l'édition de 1571 (Francofurti ad Moenum).

(3) Cf. Lainé, *Introduction au droit international privé*, p. 116.

(4) *Aurea practica criminalis Jacobi de Bellovisu vetustissimi cum practici tum juris interpretis ex recognitione Arnoldi Boert.* Doctoris, Coloniæ.

de la puissance de l'Empereur et celles de l'autorité du Pape? Les statuts ou coutumes s'appliquent-ils aux étrangers? — Son autorité fut très grande (1). — *Guilielmus de Cuneo* (Guillaume de Cugneaux), professeur à Toulouse et Orléans; mort en 1348. — *Johannes Andreæ* (1270-1348), né près de Florence; enseigne à Bologne et à Padoue; ami de Cinus et de Pétrarque; meurt à Bologne, où il a pris une part importante aux affaires publiques. Auteur de divers ouvrages (*Novella in Decretales; Novella in Sextum; Quæstiones mercuriales; Glossa in Clementinas*), en particulier des *additiones ad Durantis Speculum*, ouvrage achevé par lui en 1346, où il signale les plagiats faits par Durantis, notamment à Oldradus. — *Albericus de Rosate* (ou de Rosciate Bergamensis), né sur le territoire de Bergame où il exerça la profession d'avocat, prit une part active aux affaires publiques, et fut membre d'une commission chargée de réformer les statuts de cette ville; mort en 1354. Auteur d'un *Commentarium in Codicem* qui atteste, dit Savigny, la décadence des études de droit romain, mais qui est plein de détails intéressants concernant les statuts de Bergame et la pratique, sur laquelle l'auteur a exercé une grande influence (2).

Comme leurs titres l'indiquent, les ouvrages des postglossateurs ne sont pas exclusivement des commentaires exégétiques. Ce sont des ouvrages pratiques, des recueils de consultations et d'espèces. Leur inspiration explique l'aspect général des solutions qui semblent dictées par l'équité et le bon sens, plutôt qu'elles ne sont logiquement déduites d'idées *a priori*. C'est à tort que certains auteurs — notamment Laurent (3), ont vu dans la théorie statutaire, à ses

(1) Son influence s'est exercée, en particulier, sur Dumoulin, et sur la jurisprudence française. Cf. Savigny, *Geschichte des römischen Rechts*, VI, p. 40-45; Lainé, *Introduction*, t. I, p. 128-130. « Ses règles, écrit Lainé, sont énoncées en termes d'une précision et d'une fermeté remarquables. Elles révèlent aussi de la part de l'auteur un effort pour embrasser dans une vue synthétique l'ensemble des difficultés auxquelles donne lieu, de son temps, le conflit des lois ».

(2) V. Savigny, *Geschichte des römischen Rechts...*, t. VI, p. 126-136; Lainé, *Introduction au droit international privé*, I, p. 125-128. On le citera d'après l'ouvrage : *Tractatus illustrium in utraque tum pontificii tum cæsarei juris facultate jurisconsultorum de stat. et consuet. et privilegiis tomus secundus. Venetiis*, 1584. La dissertation a pour titre : *Alberici a Rosate J. C. clariss. commentariorum de statutis libri IV*. Elle se trouve au t. II de cet ouvrage, feuilles 2-85. V. aussi le texte dans Meili, *Uber das historische.... Zeitschrift fur internationales Recht*, t. IX (1899), p. 41. — Johannes Faber et Albericus de Rosate sont des contemporains de Bartole. Mais celui-ci ne parait pas avoir connu leurs écrits, tandis qu'il cite Durantis. — Cf. Meili, *Uber das historische Debut der Doktrin des internationalen Privat und Strafrechts, Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, 1899, p. 8.

(3) Laurent, *Le droit civil international*, t. I, n. 168, 177, 193, 198, 200.

débuts, une sorte de compromis entre la personnalité franque et la territorialité féodale. Car la personnalité des lois barbares résulte d'un état social qui n'a rien de commun avec le régime politique de l'Italie du Nord au XIII[e] siècle (1); et les statutaires italiens n'ont pas eu à lutter avec la territorialité des coutumes (2). La doctrine italienne est un ensemble de solutions qui s'appuient sur l'autorité traditionnelle du droit romain, mais qui sont inspirées, en réalité, par les besoins de la pratique.

L'exposé de cette doctrine, quant aux conflits de statuts en matière pénale, se conformera au plan suggéré par le texte fondamental C. III. 15, *Ubi de criminibus*, qui a servi de base aux développements de la glose et aux écrits des commentateurs. Il traitera successivement des délits commis sur le territoire — des délits commis par des domiciliés hors de la cité — enfin des infractions commises par des étrangers à l'étranger, à l'égard desquelles le juge de la cité ne peut fonder sa compétence que sur le lieu de l'arrestation.

§ 1. — Délits commis sur le territoire.

Les postglossateurs admettent tous la compétence du juge local et du statut de la cité à l'égard des infractions commises sur le territoire par des domiciliés et par des étrangers. — Ils peuvent alléguer, en ce sens, les précédents romains, l'interprétation de la glose. Ils approuvent la pratique, formellement inscrite dans les statuts.

La pratique s'est heurtée à une difficulté, dans le cas où l'étranger poursuivi refusait de faire connaître son nom. L'objection n'existait pas pour *l'inquisitio*, qui n'est pas dirigée *in personam*. Même pour *l'accusatio*, on finit par se dispenser de la désignation du nom de l'inculpé. Certains statuts du XIV[e] siècle disent formellement que « denunciationes, inquisitiones et processus et condemnationes fieri possint de forasteriis et contra ipsos, licet cognomina ipsorum et nomina non sunt scripta in ipsis inquisitionibus et condemnationibus et processibus ».

Mais l'application d'une loi égale à toutes les infractions commises sur le territoire, quel qu'en fût l'auteur, s'accordait difficilement avec les haines violentes qui existaient de cité à cité. Aussi

(1) Le système des droits personnels n'a pas eu d'influence sur le développement juridique en Italie. Tandis qu'il y a eu, dès le XI[e] siècle, des droits locaux (Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwickelung*, p. 1 et suiv.).

(2) Lainé, *Introduction*, t. I, p. 56.

trouvons-nous, dans la plupart des statuts qui furent rédigés aux XIIIe et XIVe siècles des dispositions spéciales, défavorables aux étrangers.

Souvent l'étranger, auteur d'un délit, est puni plus sévèrement que ne le serait un citoyen. Ainsi, à *Parme* (1255), l'étranger auteur d'un meurtre, d'une blessure, en particulier d'une mutilation, est l'objet d'un traitement plus rigoureux; celui qui vient dans la ville pour tuer, et qui n'exécute pas son projet, est puni de la perte de la main. A *Pistoja* (1284), l'étranger qui pénètre dans la ville au moment d'une révolte populaire est puni de mort. A *Bene* (1293), la peine des délits contre la propriété est doublée, quand l'agent est étranger. A *Modene* (1327), il en est ainsi des coups et blessures. A *Montefeltro* (1384) on coupe la main droite à *l'extraneus* qui n'a pas payé l'amende due pour blessure corporelle (1). — Parfois, quand la victime est étrangère, la peine infligée au citoyen, auteur du délit, est diminuée. Ainsi, à *Moncalieri* (1309), le meurtre, les coups et blessures contre un étranger sont punis moins durement. — Fréquemment, la protection des étrangers contre les délits dont ils seraient victimes est soumise à des conditions de réciprocité. Ainsi, dans les statuts de Novare (1277), Come (1279), Pise (1286), Chianciano (1287), Alessandria (1297), Chiarentana (1314) (2).

La seule atténuation que ces inégalités reçoivent résulte des accords intervenus entre les cités. Ces accords ont pour but d'assurer aux citoyens, lorsqu'ils sont les auteurs ou les victimes des délits commis sur le territoire de l'autre partie contractante, le bénéfice de la compétence locale et une juste application du droit territorial.

On peut citer les traités conclus entre Venise et Gènes en 1218 et 1228, décidant qu'au cas de plainte formée à Venise par un Gênois, l'assignation aura lieu *secundum morem et consuetudinem Venetiarum;* les traités intervenus entre Gènes et Montpellier en 1225, Gènes et Saint-Gilles en 1232 pour décider que le meurtrier d'un Gênois « possit ibi convenire et puniri secundum leges romanas et municipales » (3).

Il y a des solutions divergentes. L'ancien statut de Pise, rédigé en 1233, donne à l'habitant de cette ville victime d'un délit imputable à un étranger une faculté d'option entre le droit de Pise et le droit personnel du délinquant (4). Dans ce même statut de Pise, la protection pénale est

(1) Kohler, *Studien aus dem Strafrecht. Das Recht der italienischen Statuten*, p. [illegible].

(2) Pour ces références, v. J. Kohler, *Beiträge zum internationalen Strafrecht, Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, 1894, p. 225; J. Kohler, *Internationales Strafrecht*, Stuttgart, 1917, p. 35.

(3) Ces traités sont rapportés par Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwickelung*, t. II, p. 13 et suiv.

(4) Statut de Pise (1233) : « Constituimus ut si quis foretaneus, qui non

assurée, dans des conditions semblables, à la victime du délit, lorsqu'elle est étrangère. En 1237, dans les rapports entre Florence et Sienne, il est convenu que pour les litiges graves entre habitants des deux villes, des arbitres se réuniront.

On sera frappé de l'analogie que ces dispositions présentent avec les clauses de certains traités des villes grecques (1).

Ces distinctions, ces transactions, fondées sur des raisons politiques, étrangères à la tradition romaine, sont étrangères aussi à la doctrine des postglossateurs. — Pour établir la compétence du juge local à l'égard des délits commis par des étrangers, ceux-ci se prévalent des textes de Justinien sur la compétence territoriale du Gouverneur de la province, notamment de l'Authentique *qua in provincia* (2). Jacobus de Bellovisu fait valoir, très justement, que c'est au lieu de commission du délit que la sentence produira le plus utilement son double effet d'intimidation et de réparation (3). L'application du *statutum loci* se justifie par les mêmes raisons (4). On tire argument, en outre, de l'analogie avec la matière des contrats, où la compétence judiciaire et la compétence législative sont également déterminées par le *locus contractus* (5).

Mais il est une série de cas où l'application du statut local aux

sit nostri districtus, contra civem vel foretaneum nostri districtus rationem petierit, in potestate civis vel foretanei nostri districtus sit utrum jure quod Pisana civitas tenet velit causam judicari, an eo jure quo civitas vel terra unde est foretaneus utitur ». V. aussi les statuts d'Avignon 1243 c. 62. *Nouvelle Revue historique*, 1877, p. 558.

(1) *Suprà*, p. 35.

(2) Cf. p. 67, n. 1.

(3) *Aurea practica criminalis*, liber II caput decimum, p. 333 : « Nam judex in cujus territorio deliquit præfertur in puniendo, cum potius jus alleget, scilicet ut cœteris in loco delicti ejus punitio transeat in exemplum, et ut transeuntes attentare similia pertimescant et sit solatio amicis interemptorum seu lœsorum ».

(4) *Albertus Gandinus, Tractatus de maleficiis. De pœna reorum*, n. 16, cité par Kohler, *Beiträge... Zeitschrift für internat. Privat und Strafrecht*, 1895, p. 232 et suiv. : « Quemadmodum sortitur forum quo ad hoc ut puniatur, ubi delinquit, et cognoscatur, ita sortitur super se leges loci ubi delinquit ». *Pierre de Belleperche, Repetitiones, Rubrica de summa Trinitate* l. *Cunctos populos* : « Ratione delicti sortitur quis forum: ergo cum hic delinquat sortitur hic forum: ergo ejus statuto ligatur ».

(5) *Albericus de Rosate, op. cit.*, III. *Quæstio* 1, Feuille 54, 2 : « Dicimus quod ad litis decisionem debet servare legem vel consuetudinem loci contractus... Si ergo servatur in contractibus quia ibi reus sortitur forum, ergo idem in delictis, quia ratione delicti sortitur quis forum, ut probatum est... Et hanc opinionem etiam sequitur *Jacobus de Arena* ».

étrangers conduirait à des conséquences qui semblent iniques. On va la préciser par un exemple. Le statut de Bologne contient une disposition exceptionnellement rigoureuse qui punit le voleur de la perte d'un œil. Est-il juste de l'appliquer à un habitant de Modène qui, étant de passage à Bologne, aurait commis un vol, sans prévoir la sévérité de la peine qui l'attend? — Pour donner à la solution négative toute l'autorité du droit romain, on cite les textes qui, dans une matière quelconque, admettent l'ignorance de la loi comme cause d'atténuation de la peine. Évoquant la tradition romaine la plus ancienne, on ajoute que le statut — à l'image du *jus civile* — ne lierait que les citoyens (1).

L'opinion dominante établit une distinction.

Il faut avoir égard au *jus commune*. Supposons que l'infraction soit également prévue par le *jus commune* et par le statut. Mais le statut établit une peine plus sévère. C'est le cas du vol qui a été choisi comme exemple. Le droit commun inflige au voleur la peine du fouet. Le statut de Bologne exige que le voleur soit éborgné. Eh bien! Le statut de Bologne s'appliquera, dans toute sa rigueur. Cette opinion est défendue par Pierre de Belleperche (2), Jean Fabre (3), Alberic de Rosate (4), ce dernier avec des hésitations; et

(1) L'argument est rapporté par *Jean Fabre* « (cité par Meili, *Uber das historische Debut... Zeitschrift fur internat. Privat und Strafrecht*, 1899, p. 36) : « Est argumentum quod statuta non ligant non subditos, item nec consuetudines... », et par *Alberic de Rosate* (*op. cit.*, III quæstio I, Feuille 54, 2). On se prévaut enfin de l'autorité du droit canonique. La Décrétale, tit. II, cap. 2. *De constitutionibus* in VIe (ci-dessus, p. 93, n. 1) est fréquemment citée par les auteurs, en tant qu'elle excepte de l'application du statut local les *ignorantes*.

(2) *Pierre de Belleperche*, *Repetitiones*, *rubrica de summa Trinitate* l. *Cunctos populos* : « Si circumscripto statuto illud delictum est, verbi gratia, extrahere cultellum ad interficiendum hominem, delictum est circumscripto statuto... tunc isto statuto ligantur alienigenæ... ».

(3) *Jean Fabre* (cité par F. Meili, *Uber das historische Debut... Zeitschrift fur internationales Privat und Strafrecht*, 1899, p. 36) : « Aut sciebat et dic ligari si delinquat in territorio (C. III, 15, 1), aut ignorabat, et dic quod aut prohibitum per statutum vel consuetudinem erat per se illicitum et ligat, aut non, et non ligat ».

(4) *Alberic de Rosate* (*loc. cit.*) : « Subjiciamus rem exemplo : Bononiæ est statutum quod pro furto excedente quantitatem decem solidorum eruatur unus oculus. Mutinensis fecit Bononiæ tale furtum, numquid fustigabitur secundum formam juris communis, an eruatur sibi oculus secundum formam statuti? Et primo videtur quod secundum formam juris communis... Contrarium terminatum fuit Bononiæ per dominum Lambertinum de Ramponibus et Rolandinum de Romantiis..., et adducunt tales rationes, quod dubitatur quod statutum vel consuetudinem, judex de causa cognoscens debeat servare ».

ces auteurs attestent qu'elle était suivie en pratique. Il y a un risque auquel les délinquants s'exposent. Supposez, dit Pierre de Belleperche, qu'un individu dérobe une statue. Cet individu encourt, d'après les textes romains, la peine du *furtum nec manifestum*, qui est la peine du double. Le voleur croyait la statue en airain, alors que, réellement elle est en or. C'est au double de la valeur *réelle* de l'objet qu'il sera condamné (1).

Il faut signaler, pour éviter qu'on s'exagère l'intérêt pratique de cette solution, qu'en ce qui touche le taux de la peine, les statuts laissent souvent un pouvoir étendu au juge. A Genua (1143), le juge fixe librement la peine pécuniaire infligée au témoin qui refuse de prêter serment. D'après les statuts de Cividale (1309), celui qui ravit leur fortune à ses parents peut être enfermé « ad voluntatem gastaldionis et consilii ». Souvent, le juge reçoit un certain pouvoir d'appréciation « inspecta qualitate criminis et personæ et delicti » (2).

Supposons, en second lieu, que le fait prévu et puni par le statut ne soit pas incriminé par le *jus commune*. Les exemples proposés par les auteurs se rapportent à des actes que la morale ne condamne pas, mais qui sont interdits par des règlements de police : par exemple, le fait d'exporter du blé hors de la ville contrairement au statut, le fait de traverser un pont au delà d'une certaine heure, le port d'armes prohibées. Ce sont des actes qui ne sont pas *per se illicita*. Jacobus de Arena, d'après Durantis, admet, en tout cas, l'application du statut à l'étranger, sous la réserve d'une simple diminution de peine, si celui-ci en a ignoré les dispositions (3). Tous les autres auteurs se prononcent dans un

(1) *Pierre de Belleperche* (*loc. cit.*) : « ... Aliquis mihi massam surripere credidit æream, et sic non debet puniri nisi in duplum actione furti non manifesti : est tamen illa massa aurea, et sic teneretur ad duplicatum precium massæ aureæ. Lex dicit, ex quo delinquere proposuit, punietur in tantum in quantum in veritate deliquit ».

(2) Kohler, *Studien aus dem Strafrecht*, *Das Recht der italienischen Statuten*, p. 271.

(3) *Durantis*, *Speculum juris*, édit. de Francfort, 1592, lib. IV, part. 1, *De constitutionibus*, n. 8; Meili, *Über das historische*, (*op. cit.*, 1899, p. 29) : « Pone ergo quod statutum sit in civitate, ne quis inde extrahat bladum vel aliud, alioquin extrahens perdat bladum et animal, ecce aliquis forensis extrahit : numquid perdet rem et animal?... Et videtur quod non. Item ignorans fecit, unde non incidit in edictum... Jacobus... contra, per jura supra inducta; nam in delictis non potest ignorantia prætendi (D. 48, 8 *ad leg. Cornel. de sicariis*, 7); crassa enim est talis ignorantia, cum esset per civitatem publice promulgatum (D. 22, 6, *de juris et facti ignor.*, 9).... Dicit tamen quod debet pœna mitigari, ut si pœna sit dupli, simplum amittat, si simpli, tunc medietatem ».

sens contraire [1]. L'étranger est excusé par son ignorance présumée du statut, à moins que celle-ci ne fût *crassa et supina* [2] : le juge appréciera s'il vivait depuis assez longtemps dans la cité pour être inexcusable de ne pas le connaître [3]. Au cas de doute, Albertus Gandinus admet une diminution de peine [4]. En dehors de là, le statut local recevra encore application, si des considérations d'ordre public entrent en jeu, *si verteretur publica utilitas* [5].

§ 2. — Délits commis par des domiciliés hors du territoire.

Le juge de la cité est-il compétent à l'égard des délits commis par des domiciliés hors du territoire? Sur cette question, la pratique ne semble pas avoir fourni aux postglossateurs de directions bien nettes. De certaines dispositions des statuts qui défendent à un citoyen de traduire un autre citoyen devant un juge étranger, même pour un délit commis à l'étranger, on peut conclure que la poursuite devant le juge de la cité devait être possible; sans cela, en effet, le délinquant serait resté impuni.

D'après le statut de *Brescia* (XIII[e] siècle), celui qui traduit un indigène devant un juge étranger doit être frappé d'une amende de 100 livres. A

(1) *Gandinus, Bibliotheca juridica...*, vol. III. *Alberti de Gandino Quæstiones statutorum...*, p. 163, XVII. Statutum quod aliquis non portet carnes vivas vel mortuas nec bladum, an habeat locum in forense, etc. — *Durantis, loc. cit.*, n. 9 : « Quid si extraneus ibi portat cultellum contra formam banni? Dicunt quidam quod aut ibi moram traxit, ita quod sit verisimile eum posse bannum scire, quo casu in bannum incidit et punitur... aut non traxit moram, ut scire possit, et tunc non tenetur... ».

(2) *Gandinus, op. cit.*, p. 163, XVII : « Qualiter potest se excusare, quia crassa et supina ignorantia erat, cum palam et publice erat promulgatum per civitatem, unde non debet auribus singulorum occultari? »

(3) *Gandinus, eod. loc.* : « Quomodo poterimus scire eum scivisse? Respondeo : si erat homo qui sæpe et quasi quotidie ibi stebatur, unde non debuerit hoc ignorare, cum omnes de civitate hoc sciunt ».

(4) *Gandinus, eod. loc.* : « Sed si longe distaret ab illa civitate in qua erat statutum et absens erat, sic quod non est plena fides quod scire potuit... mitius punitur, quia ubi puniretur in duplum punitur in simplum ».

(5) *J. Faber, loc. cit.* : « Hoc intellegit Jacobus de Ravena quantum ad ultimum membrum, nisi verteretur publica utilitas. Nam tunc ligant ignorantes secundum eum »; *Pierre de Belleperche, loc. cit.* : « ... Aut illud, super quo est interpositum statutum, publicam utilitatem respicit, ut quod aliquis non vendat pisces mortuos, et, si vendat, quod incidat in pœnam quinque solidorum. In casu isto extraneos ligabit ».

Bene (1293) est également interdite la poursuite dirigée par un citoyen contre un autre citoyen devant un juge étranger. Les statuts de *Casale* décident enfin que celui qui poursuit un indigène à l'étranger doit être puni d'une amende de 50 livres et boycotté : personne ne doit le fréquenter ni l'aider à cultiver son champ (1).

La compétence positive du *judex domicilii* n'est consacrée, à notre connaissance, que dans un statut de Venise (*promissio maleficii* 1232) et dans un statut de Padoue (1236). Encore est-il supposé, aux termes de ces statuts, que la victime est, elle aussi, un citoyen (2).

L'attribution de compétence au juge du domicile trouvait un appui dans les textes romains. On se souvient que dans les rapports entre les Gouverneurs de provinces, sous l'Empire, la compétence du *forum domicilii* fut la première admise, comme suite à la règle traditionnelle : *Actor sequitur forum rei* (3). Il est seulement curieux de signaler que le texte le plus souvent invoqué par les auteurs, à la suite de la grande glose, C. III, 15, 1, a été détourné de son acception véritable ; que les mots *ubi degit*, contenus dans d'autres textes, non moins fréquemment cités, désignent autre chose, en réalité, que le domicile (4).

Albertus Gandinus rapporte l'espèce suivante (5) : Un Florentin, Manettus de la Scala, avait provoqué un de ses parents (nepotem) et trois autres personnes à tuer un avocat de Pistoie (de civitate Pistorii) pendant sa cure aux bains de Sienne ; et ce plan fut suivi. Gandinus se demande si le Podestat florentin peut, à raison de ce crime commis à Sienne, procéder par *inquisitio*. Finalement, il résout la question par la négative, mais il résulte de la distinction établie par l'auteur que, *per accusationem*, le délinquant aurait pu être poursuivi devant le *judex domicilii*. — Durantis soulève le même problème de compétence à propos d'un délit commis à Bologne par un habitant de Modène, et il le résout dans le même sens. Jacobus de Bellovisu et Johannes d'Andreas (6) citent

(1) Kohler, *Beiträge... Zeitschrift für internat. Privat und Strafrecht*, 1894, p. 225 et suiv. ; *Internationales Strafrecht*..., p. 25.

(2) Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwickelung*, t. II, p. 41.

(3) *Durantis*, *Speculum juris*, éd. *Basileæ*, 1574, lib. II, partie 1. *De competentis judicis aditione*, p. 390. « Generaliter ergo traditur quod sive clericum sive laicum quis convenire velit, debet rei judicem adire... Nam actor forum rei generaliter sequi debet ».

(4) Cf. p. 67.

(5) V. Kantorowicz, *Archiv für Strafrecht*, 54, 1902, p. 118 et 119.

(6) *Johannes Andreæ*, *Additiones ad Durantis Speculum*, éd. Basileæ, 1574, p. 392, n. 4.

la même espèce et proposent la même solution. Ce n'est, en somme, s'agissant de la procédure accusatoire, que l'application de la règle : *Actor sequitur forum rei.*

Mais, en l'absence de toute plainte de la partie lésée, le *judex domicilii* peut-il procéder *per inquisitionem* à l'égard d'un délit commis hors des limites de la cité? Le principe traditionnel attributif de compétence au *forum domicilii* ne concerne que les procès privés; il suppose la présence d'un accusateur. L'intervention spontanée du Podestat ne peut se fonder que sur des considérations d'ordre public; or, c'est au lieu de commission du délit que le trouble a été causé. Odofredus envisage l'espèce suivante : Un habitant de Luca a tué à Pistoie un habitant de cette ville. Le Podestat de Luca procède *per inquisitionem*, et il apprend, par les dépositions de témoins et l'aveu de l'inculpé, que le délit a été commis à Pistoie (1). Est-il tenu de se dessaisir? — Albertus de Gandino mentionne le cas déjà cité du Florentin Manettus de la Scala (2). Les deux auteurs se prononcent, le premier sans hésitation, le second après bien des détours, pour l'exclusion de *l'inquisitio.*

Un auteur s'est prononcé nettement en sens contraire : *Cinus Pistoriensis.* Son opinion, déjà ébauchée, semble-t-il, par Durantis, commentée par Jacobus de Bellovisu et Johannes d'Andreas (3), est intéressante surtout par les arguments présentés en sa faveur. Sans doute la *cognitio extraordinaria*, d'où procède l'*inquisitio*, a substitué progressivement à la compétence principale du *forum domicilii* celle du *forum loci delicti*. Mais la première a subsisté. Il faut reconnaître compétence au juge du domicile si l'on veut assurer la répression dans tous les cas où le juge du lieu de commission ne punit pas, dans tous les cas où, pour une raison ou pour une autre, la *remissio* n'est pas demandée ou accordée. Ainsi

(1) *Johannes Andreæ, op. cit.*, p. 392, n. 4 : « Longe prius *Odofredus* disputaverat de Lucano qui Pistoriensem interfecit. Potestas Lucanus inquisivit de maleficio et invenit per testes et per confessionem partis maleficium fuisse commissum Pistorii : quærebat an condemnare posset illum. Quod non posset inducebat regulam nullum sine accusatore damnari... Item, quia judex domicilii punire non debet inventum est remedium remissionis... Item judicem Pistoriensem, in cujus territorio factum fuit homicidium principaliter contingit injuria qui et pater civitatis dicitur... ipsum ergo pertinet delinquentem punire». — Odofredus invoquait le texte de Paul D. II, 1, *De juridictione*, 20 : « *Extra territorium jus dicenti impune non paretur* ». — V. p. 65, n. 2.

(2) Kantorowicz, *loc. cit.*

(3) *Johannes Andreæ, loc. cit.*

la théorie de Cinus se fonde sur cette idée, riche d'avenir : la nécessité d'*assurer* la répression, par l'organisation d'une compétence *effective*.

Il résulte de ces motifs mêmes que la compétence du *judex domicilii* est subsidiaire.

Le juge du domicile devra s'abstenir de juger, si la *remissio* lui est demandée par le juge du lieu du délit, dont la compétence est préférable (1). Cette *remissio* doit être accordée, tel est du moins le principe que Jacobus de Bellovisu dégage des textes romains (2).

Était-elle entrée dans la pratique des cités italiennes? Elle est admise déjà par les glossateurs (3). Elle a donc été prise en considération de bonne heure. Mais le nombre des accords qui la consacrent paraît minime, si l'on a égard à la fréquence des traités. On peut citer les traités entre Cervia et Bologne (1191 à 1227), Venise et Gênes (1218, 1228;) Ferrare et Mantoue (1239). Dans ce dernier seulement, il est formellement prévu que la *remissio* sera accordée par le juge du domicile au juge du lieu du délit (4).

A plus forte raison le juge du domicile doit-il s'abstenir, si l'affaire a déjà été jugée par le tribunal du lieu de commission. — Mais pour que l'autorité de la chose jugée fasse écarter la compétence du *judex domicilii*, il faut d'abord que la sentence étrangère soit véritablement l'œuvre d'un juge; il faut ensuite que ce juge soit compétent aux termes du droit commun; il faut enfin que la sentence ait été prononcée par lui conformément au droit commun : car les statuts de la cité étrangère sont sans aucun effet au dehors. — Ces conditions ne sont pas remplies dans l'espèce suivante, que rapportent Jacobus de Bellovisu et Johannes Andreæ. Un Florentin est banni de Bologne à raison d'un homicide qu'il y a commis. Le décret de bannissement porte que si le meurtrier rentre sur le territoire de Bologne, il aura la tête tranchée. Le juge de Florence pourra-t-il, ensuite, être saisi du même fait? Oui, dit Jacobus de Bellovisu, dont l'opinion est approuvée par Johannes

(1) *Durantis*, *op. cit.*, éd. Basileæ, 1574, lib. II, partie I, *De competentis judicis aditione*, p. 390 et suiv., n. 3 : « Cum ergo ratione criminis quis sortiatur forum ut dixi, si Mutinensis deliquit Bononiæ, judex Mutinensis debet illum Bononiam remittere puniendum.... Et si judex Bononiensis eum non punit, debet puniri... ».

(2) *Jacobus de Bellovisu*, *Aurea practica criminalis*, lib. II, cap. XI, p. 366.

(3) *Supra*, p. 104, n. 2 *in fine*.

(4) Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwickelung...*, p. 49 et suiv.

d'Andreas [1]. Car le décret de bannissement (*bannum*) ne constitue pas une sentence. Il n'y a pas eu de *litis contestatio*. Aucun juge n'a connu de l'affaire. Enfin, le *bannum* n'a pas été prononcé en vertu du droit commun, mais par application du statut de la cité, que le juge de Florence n'a pas à connaître.

Le juge du domicile est saisi. Quel statut consultera-t-il pour la répression d'un délit commis par un citoyen hors des murs de la cité ? Le sien propre, c'est-à-dire le statut du domicile ? Ou le *statutum loci*, celui du lieu de commission ? — Ni l'un ni l'autre. En effet, le juge n'a pas à connaître le statut étranger ; et rien ne l'autorise à étendre le sien hors du territoire qu'il régit normalement. — Mais il existe un droit commun au domicile et au *locus delicti commissi*, qui est précisément le *jus commune*. C'est de lui que dépendra l'incrimination. C'est lui seul qui fixera la peine. En ce sens se prononcent la quasi-unanimité des auteurs, en particulier Odofredus, Albertus Gandinus, etc.

Un seul auteur s'est prononcé dans un sens différent, *Cinus Pistoriensis*. Cinus admet bien que la répression du fait commis hors de la cité est subordonnée à l'incrimination de ce fait par le *jus commune*. Mais, cette condition remplie, c'est son propre statut, le *statutum domicilii*, que le juge consultera pour la qualification du fait et la fixation de la peine. Cinus qui s'est montré plus hardi que ses contemporains, en ce qu'il autorisait le juge du domicile à se saisir *per inquisitionem*, s'est montré plus hardi aussi en admettant l'extension du statut de la cité aux faits commis par des domiciliés hors du territoire. Par là, il peut être regardé, en matière pénale, comme le fondateur de la théorie sur la personnalité du droit.

On remarquera la parfaite symétrie qui existe entre cette solution et la solution proposée par la majorité des auteurs pour les infractions commises par des etrangers sur le territoire. Les auteurs admettent la territorialité du statut pénal, son application exclusive, quant à la qualification et à la fixation de la peine, aux délits des *alienigenæ*. Cinus, inversement, admet

1 *Johannes Andreæ*, *op. cit.*, p. 392, n. 4 : « Jacobus de Bellovisu quæstionem disputavit de Florentino qui Bononiæ bannitus est propter homicidium quod ibi commisit : et bannum habet quod si veniat in fortiam communis Bononiæ sibi caput amputetur, et bannum tale detur propter contumaciam : quærebat an de eodem homicidio posset accusari Florentiæ... breviter solutio ejus est quod accusari possit Florentiæ : quia per bannum non datur sententia condemnatoria vel absolutoria. Et merito : quia nec lis est contestata, nec cognitum de crimine... Item bannia ista non sunt de jure communi sed municipali : de quo quid ad judicem Florentinum ? »

la personnalité du statut pénal, son application exclusive aux délits des domiciliés, perpétrés hors du territoire. Mais Cinus, comme les auteurs, et pour les mêmes raisons, apporte à la rigueur du principe qu'il a posé un tempérament : le fait ne sera puni que s'il est incriminé par le droit commun. Il faut que le délinquant ait eu conscience qu'il accomplissait un acte *per se illicitum*.

Quant à la compétence du *statutum domicilii*, Cinus la justifie par un argument plein de force. Il réagit contre la doctrine, partout répandue, qui limite l'intérêt de la cité à la répression des infractions commises sur le territoire. La loi de la cité doit s'étendre au dehors, parce que la cité a intérêt à punir les écarts de ses ressortissants, où qu'ils se produisent.

On n'insistera pas sur d'autres arguments, qui sont un hommage à la tradition, et aux procédés de discussion de l'époque. Cinus allègue que, d'après les principes romains, la loi ne saurait avoir un domaine d'application moins étendu que la sentence : *lex et sententia æquiparantur*. Or la sentence produit ses effets au dehors. Mais on a vu que cet effet extraterritorial de la sentence est subordonné à la condition qu'elle soit rendue conformément au droit commun : c'est ce que Bartole objectera plus tard avec raison. — Cinus tire argument, en second lieu, du droit canonique. Aux termes des constitutions, le juge séculier connaît, suivant sa loi propre (C. I. 3, *de episcopis et clericis* 10) du délit commis dans une église, qui est un territoire étranger à sa juridiction. — S'il est vrai, dit enfin Cinus, que le droit de la cité ne peut s'étendre au dehors pour créer une incrimination nouvelle (*extraterritorium non potest inducere novam obligationis substantiam*), il peut influer sur les modalités de la répression (*addere novam qualitatem*).

Quels seront les effets de la sentence prononcée par le *judex domicilii*?

On a dit que le jugement rendu par le *judex loci delicti* a autorité de chose jugée, en ce qu'il exclut une poursuite nouvelle, pour le même fait, devant le *judex domicilii*. La solution inverse ne s'imposait pas, puisque le juge du domicile n'a qu'une compétence subsidiaire. Nous n'avons pas connaissance que les auteurs de notre époque se soient prononcés sur la question.

Au point de vue positif, les modifications que la condamnation a pu entraîner, dans la condition juridique du délinquant, dans son état et sa capacité, ont-elles leur effet au dehors? Jacobus de Bellovisu dit que l'individu relégué (*relegatus*) par le juge du domicile du ressort de sa juridiction se trouve relégué en même temps de la province où le délit a été commis et de Rome, qui est la *communis patria*. A plus forte raison la sentence émanant du

judex loci delicti produit-elle un effet aussi étendu. Mais il semble que cette opinion lui fut propre (1). Albéric de Rosate, notamment, se prononce en sens contraire (2). Le bannissement prononcé, en vertu du droit local, par les consuls, est lui aussi sans effet au dehors. Des accords sont, toutefois, intervenus entre les cités d'Italie pour que l'individu *bannitus* d'une cité soit regardé comme tel dans les autres cités contractantes.

Les sentences qui frappent le condamné d'une incapacité particulière, qui lui interdisent, par exemple, l'exercice d'une profession, n'ont pas d'effet hors de la cité (3).

Pour les incapacités ayant un caractère général, des auteurs soutiennent déjà qu'elles s'attachent au condamné et le suivent comme une lèpre (4). L'opinion dominante paraît subordonner l'effet extraterritorial de la sentence à la double condition qu'elle émane d'un juge compétent aux termes du droit commun, et qu'elle soit rendue conformément au droit commun (5).

Les auteurs n'admettent pas qu'il soit tenu compte des condam-

(1) *Jacobus de Bellovisu. Aurea practica criminalis*, lib. III. *Caput decimum*, p. 335 : « Et sic tunc judex domicilii condemnet talem criminosum qui in alterius territorio commisit. potest ipsum relegare expresse a sua provincia seu jurisdictione, et, per consequens, tacite videntur sibi aliæ duæ provinciæ seu jurisdictiones etiam simul interdictae, et sic tres, scilicet provincia incolatus, hoc est propria patria et provincia in qua deliquit, et Roma ; sic eodem modo relegatus per judicem loci ubi deliquit expresse videtur e sua provincia seu jurisdictione relegatus, et tacite ab aliis duabus patriis, per quandam consequentiam scilicet, a propria patria sui domicilii et a Roma ».

(2) *Albericus de Rosate, op. cit.*, III, Quæstio II, n. 11, cité par Meili, *Uber das historische Debut... Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, 1899, p. 1 : « Ubi autem tractatur de pœna afficiente personam, distinguit. Aut afficit personam respectu loci, puta, restringendo ad certum locum, vel removendo a certo loco, vel interdicendo certum locum, et tunc non excedit pœna jurisdictionem judicantis, nisi casualiter, ut D. XLVIII, 22, *de interdictis* 7, §§ 6 et 10 ».

(3) *Albericus de Rosate, loc. cit.* : « ... Aut non afficit respectu loci; tunc si quidem continet interdictionem facti, ut puta ne exerceat officium advocationis, et non excedit territorium judicantis, ut D. III, 1, *de postulatione*, 9 ».

(4) *Albericus de Rosate, op. cit.*, II, Quæstio III, n. 5 : « In contrarium allegatur, quia quotiescumque nota personæ infligitur, personam ubique sequitur, sicut lepra, nec potest a persona separari... ».

(5) Cette distinction résulte implicitement du passage de *Johannes Andreæ* sur les effets du *bannum* qui a été cité plus haut (p. 124, note 1). Elle résulte formellement de plusieurs textes relatifs aux effets du jugement qui prononce la confiscation des biens. Notamment Albéric de Rosate (*op. cit.*, III, Quæstio II, n. 9 et 10). Cet auteur cite, dans le même sens, l'opinion de *Guilielmus de Cuneo*.

nations prononcées à l'étranger, pour la peine aggravée de la récidive (1).

§ 3. — Délits commis hors du territoire de la cité par des non-domiciliés.

Il est une catégorie d'infractions commises hors des murs de la cité, à l'égard desquelles les statuts contiennent un véritable luxe de dispositions et de peines : ce sont les infractions dirigées contre la cité ou contre les citoyens.

On a cité un statut de Pistoie (1284) (2) punissant de la peine de mort tout étranger qui, à l'époque d'une révolte populaire, vient sur le territoire de la cité. Le même statut frappe d'une amende de 1.000 libræ tous membres d'une communauté voisine qui, en de telles circonstances, s'introduiraient dans la ville avec leurs drapeaux ; et quiconque ne paie pas l'amende perd le pied : *amputetur sibi pes*. Le statut de *Casale*, au XIVe siècle, promet l'impunité au meurtrier de l'étranger qui, au dehors, s'est rendu coupable d'actes hostiles envers la cité. Le statut de Padoue déjà cité, (1236) déclare punissable l'étranger qui, au dehors, a tué un citoyen et pénètre ensuite sur le territoire; on exige seulement que la victime soit un citoyen habitant ordinairement Padoue. Le statut de *Novare* (1277) frappe l'étranger qui, hors du territoire, tue un citoyen de Novare, de la peine qui atteindrait, en pareil cas, un habitant de cette ville : *sicut puniret alios cives Novariæ*. Si le statut de Venise, dans sa rédaction de (1232) (*liber promissionis maleficiorum*) vise uniquement les délits commis à l'étranger entre Vénitiens, qu'il réprime « secundum formam hujus promissionis juxta maleficii qualitatem », cette solution, dans la Codification d'Andreas Dandolo (1346) fut déclarée également applicable « in forensibus qui extra Venetias in Venetos maleficium perpetraverint » (3).

Ces dispositions, inspirées par des motifs d'ordre politique, sont, comme toutes autres de même nature, étrangères à la doctrine des postglossateurs.

La compétence du juge de la cité à l'égard d'infractions commises par des étrangers à l'étranger ne peut se fonder que sur la présence du délinquant sur le territoire : il est certain, en effet, que si le malfaiteur est demeuré hors de la cité, sa *remissio* ne pourra être obtenue. On doit donc supposer qu'il a pénétré volontairement *intra*

(1) Gandinus, *Tractatus de maleficiis, De furibus*, n. 5, cité par *Kohler*, *Beiträge zum internationalen Strafrecht, Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, 1895, p. 232. *Dinus* cité par Bartole.

(2) Cf. p. 116.

(3) V. Kohler, *Beiträge... Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, 1894, p. 225 et suiv.

muros, et qu'il a été arrêté. On sait que le texte du Code C. III. 15, 1, qui admettait formellement la compétence fondée sur le lieu d'arrestation a été détourné de sa véritable acception par la subtile interprétation de la Grande Glose. Cependant déja Accurse reconnaît qu'il existe un droit spécial pour les vagabonds. Ceux-ci peuvent être jugés partout où ils sont trouvés : *vel dic quod loquitur ibi de vagabundis ut illi ubilibet possint conveniri* (1).

Ce droit spécial se justifie plus aisément à une époque de troubles où les malfaiteurs les plus dangereux devaient courir, par bandes, les grands chemins. Il est reconnu, formellement, par les auteurs, notamment par Odofredus et par Cinus.

Il est consacré, également, par la pratique. Un document judiciaire nous montre Albertus Gandinus, juge à Bologne, admettant la plainte du marchand Lippus, de Florence, contre Guardi de Fiesole, à cause d'un vol commis à Venise contre Lippus. Il est dit dans la plainte, après l'exposé des faits : « Dicit etiam eum (Guardi) esse latronem publicum et famosum et hominem malae famae et condicionis. Quare petit ut contra eum procedatis secundum formam juris et statutorum et reformationum communis et populi Bononiae et bonum regimen et arbitrium d. potestatis, cum dictus Guardi sit homo vagabundus nec certum domicilium habet » (2)

Au surplus, le vagabondage étant constitué par le défaut de résidence fixe, le lieu d'arrestation peut être regardé, à l'égard du vagabond, comme un domicile fictif. La victime qui, au criminel comme au civil (3), fait juger le vagabond là où elle le trouve, se prévaut simplement, envers lui, du principe traditionnel de l'ordo : *Actor sequitur forum rei.*

Il suit de là que les *banniti* — privés par le *bannum* de leur domicile d'origine — peuvent aussi être jugés là où on les arrête. Durantis (4) nous rapporte le cas d'un habitant de *Luca* qui, banni

(1) Cf. p. 106.

(2) Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*. I, p. 283; Meili, *Bartolus als Haupt der ersten Schule des internationalen Strafrechts*, p. 34 et suiv.

(3) Durantis, *Speculum juris*, ed. Basileae, 1574, II. 1, 30 : « Debitor vagans per mundum nec habens certum domicilium ubique potest conveniri ».

(4) Durantis, *op. cit.*, II. 1, 31 : « Sed pone quidam Lucanus perpetuo a Lucana civitate bannitus quemdam Florentinum in districtu Lucano spoliavit : nunc spoliatus invenit spoliatorem in civitate Pisana : quaeritur utrum eum ibi possit accusare ? Et videtur quod sic : quia criminosus potest ubi invenitur conveniri... Cum non possit Lucam venire, videtur exilium passus; et sic poterit Pisis conveniri... alioquin bannum sibi datum ad poenam esset ei ad premium : quod esse non debet... Si eum ponimus relegatum, videtur Pisis ubi moram trahit habere domicilium necessarium.... Praesertim si ibi spolia reperiuntur ».

à perpétuité de cette ville, serait venu y dépouiller un Florentin. Ce Florentin, l'ayant postérieurement découvert à Pise, pourra y former contre lui l'*accusatio*. Le délinquant sera réputé avoir dans cette ville un domicile nécessaire, alors surtout qu'il y a transporté des objets volés. Sans cela, dit assez justement Durantis, le banni tirerait profit de sa situation, qui doit être pour lui un châtiment.

Le *bannum* peut être édicté en l'absence du délinquant, et s'applique souvent à des malfaiteurs habiles et dangereux, qui ont su se soustraire aux recherches de la justice. A la différence de la *relegatio*, qui est prononcée par la justice, c'est une mesure administrative. Comme on l'a vu, le bannum ne produit pas d'effets hors du territoire de la cité qui l'a prononcé. Le *bannitus* peut, par une résidence prolongée, se constituer au dehors un domicile qui fixe, à son égard, la compétence, et il cesse, alors, d'être assimilable au *vagabundus*. Mais en fait, les cités italiennes avaient conclu entre elles de nombreux traités qui constituaient une protection commune, et multipliaient les effets du *bannum*.

Souvent il était convenu entre les cités contractantes que l'individu banni du territoire de l'une d'elles serait banni, également, du territoire de l'autre. Citons : le traité de la ligue lombarde (1168) : « Nulla civitas.... aliquem a suis consulibus bannitum recipiat »; ceux de Bologne et Modène (1166 et 1179); Parme et Modène (1188); Modène et Ferrare (1220); le comte Amédée et Turin (1235); Bologne et Imola (1248) : « quod omnes banniti pro maleficio pro communi Bononiæ... non possint nec debeant stare in civitate Imolæ »; entre Crémone et Mantoue (1257); Florence et Pistoie (1296); Parme et Plaisance (fin du XIIIe siècle). — A Milan (1343) il fut décidé qu'un *bannitus* ou un *debitor fugitivus* de Placenza serait traité comme tel à Milan et inversement. Il en serait de même dans les rapports de Milan avec plusieurs villes (Brescia, Bergame, Cremona, Lodi, Como, Vercelle et d'autres). Parfois, en ce qui touche seulement les *vagabundi* et les *banniti*, l'un des États obtient le droit de poursuite sur le territoire de l'autre. Ou même il est convenu que l'auteur d'un crime commis sur le territoire de l'un des États contractants sera, au point de vue de la compétence, traité comme s'il l'avait commis également sur le territoire de l'autre. Ces deux dernières clauses se trouvent dans les traités de Bologne et Modène (1179), Gênes-Montpellier (1225) et dans le traité entre Parme et Plaisance conclu à la fin du XIIIe siècle (1).

Aux *vagabundi*, aux *banniti* sont assimilés les *publici latrones*, ou voleurs de grands chemins. Le rapprochement est établi dans les pièces du procès mentionné plus haut, où Albertus Gandinus a

(1) Kohler, *Beiträge... Zeitschrift für internat. Privat und Strafrecht* 1894, p. 225 et suiv.; Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwickelung...*, t. II, p. 25.

siégé comme juge. La compétence du *forum deprehensionis* ne se fonde par sur l'idée d'un domicile fictif, comme pour les *vagabundi*, ou nécessaire, comme pour les *banniti* — mais sur l'idée, à laquelle Bartole donnera plus tard une portée scientifique et une grande célébrité, que le voleur poursuit son activité criminelle partout où il transporte l'objet volé. Le *forum deprehensionis* se confond, par une fiction, avec le *forum loci delicti*. La solution se trouve dans certains statuts du XIIIe siècle, — notamment les statuts de *Chianciano* (1287) qui permettent de juger les voleurs au lieu d'arrestation, lorsqu'ils sont trouvés munis du produit de leur vol. Durantis, se fondant sur un texte de Callistrate, d'ailleurs étranger à la solution qu'il propose ajoute au lieu du forfait « ubi grassatus est », le lieu où le coupable est surpris « ubi delinquens invenietur ». Le remède doit être appliqué, partout où le mal s'est produit. Ubi enim malum contingit, ibi moriatur (1).

Si on néglige les catégories de malfaiteurs énumérées ci-dessus — vagabundi, banniti, publici latrones — la fausse interprétation du texte fondamental, C. III, 15, 1 a fait écarter la compétence du juge d'arrestation. Pourtant, on s'est posé la question suivante : La volonté des parties ne peut-elle attribuer compétence au *forum deprehensionis*? Plus généralement, la juridiction criminelle peut-elle être prorogée? Durantis se prononce pour la négative, et il cite, en ce sens, l'opinion de Jacobus Buttrigarius (2). L'opinion contraire se prévaut du principe de *l'ordo judiciorum* qui admet la prorogation volontaire de juridiction (3). L'extension de ce principe aux matières criminelles ne vaut, évidemment, qu'en ce qui touche la procédure accusatoire, la seule où l'on trouve deux parties en présence. L'argument détermine Jacobus de Bellovisu; pour cet auteur, le juge qui a le délinquant entre les mains, si la

(1) *Durantis, Speculum juris, ed Basileæ*, 1574, lib. II, partie 1. *De competentis judicis aditione*, p. 390, n. 2. L'auteur énumère les cas dans lesquels le juge séculier connait par exception d'affaires concernant les ecclésiastiques : « Sexto ratione criminis in aliena jurisdictione commissi : quia ibi vel ubi invenietur convenietur (C. III, 15, 1 : nov. 69, c. 1). Ubi enim malum contingit, ibi moriatur. Et ibi latro furca figatur, ubi grassatus est (D. 48, 19 *de pœnis* 28, 15. Callistrate); et ubi delinquens invenitur ibi retineatur ».

(2) *Durantis, loc. cit. Judici alterius judisdictionis an possit in causa criminali consentiri*... Respondeo non, secundum Jac. nec judicium tenebit.

(3) D. V, 1. *De judiciis*, 1, 2; — C. III, 13. *De jurisdictione omnium judicum et de foro competenti*, 3, Impp. Diocletianus et Maximianus (arg. *a contrario*).

remissio ne lui est pas demandée, doit le juger (1). Johannes d'Andreas, dans ses notes sur le *Speculum* de Durantis, partage cette opinion. Il s'appuie sur le texte C, III. 15, 1, texte complaisant où il découvre l'idée d'une prorogation de la juridiction criminelle par la volonté des parties — et il tire un argument d'analogie de la matière des contrats (2).

Une idée plus riche d'avenir se manifeste dans la pratique criminelle de Jacobus de Bellovisu. Après avoir dit que la *remissio* doit être accordée par le juge aux mains de qui l'inculpé se trouve, si elle lui est demandée soit par le juge du lieu du délit, soit par le juge du domicile, qu'elle doit même être spontanément offerte au juge du lieu du délit qui serait en même temps le juge du domicile, l'auteur ajoute qu'à défaut de ces circonstances, le juge du lieu d'arrestation doit statuer lui-même... « Et est ratio ne maleficia maneant impunita... » Plus loin, il répète... « Et fuit istorum ratio ne maleficia remanerent impunita (3) ». Ainsi, la compétence du *forum deprehensionis* a un caractère très subsidiaire. Elle n'intervient que si la *remissio* n'est ni offerte — dans le cas spécial où elle doit l'être — ni demandée par l'un des juges dont la compétence est préférable. Mais elle s'appuie sur des raisons d'un grand intérêt. Car, on n'invoque plus, en sa faveur, des textes romains d'une application contestable, ni une analogie douteuse avec les matières civiles — mais cette considération de haute politique criminelle : la nécessité d'assurer la répression.

(1) *Jacobus de Bellovisu, Aurea practica criminalis*, lib. II, caput decimum, p. 333 : « Si non fuerit requisitus per judicem loci in quo deliquit, potest quilibet judex eum punire per jura superius allegata, maxime cum etiam in criminibus prorogatio admittatur, ut notatur D. V. 1, 1 et C. III. 13, 3 ».

(2) *Johannes Andreæ, Additiones ad Durantis Speculum*, ed. Basileæ, 1574, p. 392, n. 4 : « Item ut dicit, C. III. 15, 1, sic est per tempora intellecta quod crimen tribus locis cognoscitur; et punitur ubi deliquit, ubi domicilium habet, et ubi ex consensu suscepit judicium... Item cum hoc fit in contractibus scilicet quod judex domicilii cognoscet (D. V. 1 *de judiciis* 19 *in fine*) : fortius ve saltem æque in delictis; cum hæc duo ad jus fori sunt paria » (Dans l'édition de Francfort (1592) cette note se trouve au *Speculum juris*, lib. II, part. 1, p. 42).

(3) *Jacobus de Bellovisu, Aurea pratica criminalis*, lib. II, caput decimum p. 333; — *loc. cit.*, p. 335. « Alias autem, si non fuerit requisitus per judicem loci in quo deliquit, potest quilibet judex eum punire per jura superius allegata : maxime cum etiam in criminibus prorogatio admittatur... Et hoc verum si criminosus non habet certum domicilium; quia si haberet et ibi commisisset, esset necessario remittendus ad judicem sui domicilii etiam sine requisitione quod est valde notandum... Et est ratio, ne maleficia maneant impunita ». — V. aussi *loc. cit.*, p. 356.

Jacobus de Bellovisu admet, dans une très large mesure, l'effet extraterritorial de la condamnation émanant du *forum deprehensionis*. Le jugement qui prononce la *relegatio* aura autorité de chose jugée vis-à-vis du *judex loci delicti* et du *judex domicilii*. Sous menace des peines les plus sévères, le relegatus ne pourra rentrer ni dans le ressort de la juridiction où l'infraction a été commise, ni au lieu de son domicile, ni à Rome « quæ est communis patria (1) ». Comme on l'a dit (2), cette opinion extensive des effets de la chose jugée semble avoir été personnelle à l'auteur. Elle s'explique par son très vif désir de rendre la répression certaine et effective... « ne maleficia remanerent impunita ».

Section II

L'Œuvre de Bartole.

Sommaire. — Ses caractères fondamentaux. — Participation de l'auteur à l'élaboration de la doctrine italienne des statuts. — Son originalité; sa méthode. — 1° Délits commis sur le territoire. — Application du statut local en concours avec le *jus commune*. — Exception tirée de l'ignorance. — 2° Extension des statuts hors du territoire. — Compétence exceptionnelle à l'égard des *vagabundi*; théorie de Bartole sur le vol. — Délits commis *contre* des domiciliés. — Délits commis *par* des domiciliés. *Le judex domicilii* peut-il agir *per inquisitionem* ? — Solution originale de Bartole concernant l'application par le *judex domicilii* du *statutum loci* étranger. 3° Effets extraterritoriaux des sentences pénales. — Exécution forcée des jugements répressifs : confiscation. — Déportation, interdiction de résidence, etc. — Autorité de la chose jugée; réitération et récidive.

Avant Bartole, il existait déjà sur les conflits de statuts en matière pénale des solutions inspirées par les nécessités de la pratique, logiquement déduites des textes romains, et assez bien coordonnées. Pourtant, Bartole est le plus grand des postglossateurs. Son influence sur la doctrine postérieure, non seulement en Italie, mais en France et en Allemagne, a été considérable. Elle a subi une éclipse

(1) *Jacobus de Bellovisu, loc. cit.*, p. 335. « Etiam relegatus per judicem qui eum cepit et ibi nihil commisit sed hoc in defectu aliorum fecit est relegatus expresse a sua juridictione, et per consequens a sua patria propria ubi habet domicilium et majorem partem fortunarum et a Roma, quae est communis patria... et fuit istorum ratio ne maleficia remanerent impunita : nam alias relegato non esset pœna relegato si in sua patria secure posset morari. »

(2) V. p. 126.

pendant la première moitié du XIX[e] siècle, époque où les recherches des auteurs statutaires italiens semblent être tombées dans un oubli profond. Mais elle a fait l'objet, ces dernières années, d'études nombreuses, parmi lesquelles l'*Introduction au droit international privé*, de M. Lainé, occupe le premier rang. Or, parmi les conflits de statuts, ceux qui s'élèvent en matière pénale ont attiré, comme les autres, l'attention du grand maître bolonais, au point que M. Lainé a cru retrouver, dans les articles 5 à 7 du Code d'Instruction criminelle français, la marque profonde de sa doctrine (1). En quoi consista donc l'originalité de Bartole?

On l'a cherchée, vainement, dans la forme de ses ouvrages, qui sont des commentaires écrits des sources romaines. Mais, déjà, la Glose est-elle autre chose qu'un commentaire exégétique du droit romain? Ce sont aussi des commentaires que les *Lecturæ in Codicem* d'Odofredus, les *Repetitiones in aliquot divini Justiniani imperatoris leges*, de Pierre de Belleperche, la *Lectura in Codicem* de Cinus Pistoriensis publiée, l'année même de la naissance de Bartole, par celui qui devait être, plus tard, son premier maître. Bartole a fait des ouvrages de procédure, comme la *Practica criminalis* de Jacobus de Bellovisu, des traités généraux comme le *Speculum juris*, de Guillaume Durantis. Et comme les publications de ses prédécesseurs, plusieurs de ses œuvres ne sont que des leçons orales recueillies par ses élèves, et remaniées par lui.

Les questions que Bartole a dû résoudre sont les mêmes que la pratique judiciaire posait chaque jour devant ses prédécesseurs. Il s'agissait toujours de régler la compétence respective de juges appartenant à des cités voisines et indépendantes — de déterminer la valeur et la portée des dispositions statutaires, en concours avec le droit commun de l'Italie — de dire si la *chose jugée* dans les limites d'un État conservait son autorité hors de ces limites.

Et la méthode s'imposait aussi. La tradition romaine devait abriter de son prestige les solutions que le bon sens et l'expérience dicterait : car Bartole, assesseur du Podestat de Pise, a, comme ses prédécesseurs, consacré une part de son activité à la pratique administrative ou judiciaire. Mais il a été plus volontiers un juriste et un professeur. Et l'on a attribué à ses habitudes professionnelles un amour, que l'on a jugé exagéré, de la dialectique. Trop souvent, il aurait suivi la méthode facile, qui consiste à donner aux questions

(1) Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I (1888), p. 162.

les plus épineuses la réponse qui n'exige pas un examen très approfondi du rapport de droit, mais qu'un rapprochement ingénieux, une application aisée rend séduisante et qui simplifie l'exposé professoral (1).

Ainsi, pour guider la division, qu'on lui a d'ailleurs faussement attribuée, de tous les statuts en deux classes : statuts réels ou territoriaux — personnels ou extraterritoriaux (2), Bartole aurait proposé le criterium suivant : on consultera la lettre du statut dont il s'agit de déterminer la portée : et suivant que les premiers mots de ce statut désignent une chose ou une personne, on le déclarera réel ou personnel ; on lui déniera, ou on lui reconnaîtra au contraire la faculté d'étendre ses effets hors du territoire (3). Des auteurs, à partir du xvie siècle, sous l'influence des attaques injustes de Bertrand d'Argentré (4), ont affecté de voir là toute la doctrine de Bartole.

Froland (5), Boullenois (6), de nos jours M. Lainé, dans son *Introduction au droit international privé* (7), ont montré combien peu mérité est le reproche qui, reproduit sans qu'on essayât de pénétrer la pensée profonde de Bartole, était devenu traditionnel. Le criterium qu'on lui impute n'avait pas, dans sa pensée, de valeur absolue. Il a pu le citer, à titre d'exemple, comme un procédé mécanique, souvent heureux, mais non infaillible, de pénétrer l'idée essentielle des auteurs du statut. Car Bartole a eu ce mérite incontestable d'apercevoir qu'il existe un rapport logique entre la portée territoriale ou extraterritoriale d'un statut et le but poursuivi par ceux qui l'ont fait : en sorte que le meilleur moyen de savoir si le statut doit suivre les domiciliés agissant, contractant ou commettant des délits hors des frontières, est de rechercher si le législateur a eu une volonté à cet égard, et en particulier, *s'il l'a exprimée*.

(1) V. Kuhlenbeck, *Von den Pandekten zum Burgerlichen Gesetzbuch. Eine dogmatische Einfuhrung in das Studien des bürgerlichen Rechts*, I. p. 50; Réfutation dans Meili, *Zeitschrift fur internation. Privat und Strafrecht*, IV, p. 259 note 4 et surtout Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 133.

(2) Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I (1888), p. 334.

(3) Bartoli *Commentaria*, Lugduni 1552, t. IV, *Prima Bartoli Super Codice, De Summa trinitate*, lex. 1, *Cunctos populos*, n. 42.

(4) B. d'Argentré, *De statutis personalibus et realibus*, n. 14.

(5) Froland, *Mémoire sur les statuts*, p. 29.

(6) Boullenois, *Personnalité et réalité des lois*, I, p. 16 et suiv.

(7) Lainé, *Introduction au droit international privé*, loc. cit.,

C'est quand le statut est resté muet, alors seulement, qu'il faut demander aux principes la solution du conflit. Ici, Bartole a su écarter bien des questions oiseuses, bien des distinctions artificielles. Ses dissertations, comparées à celle des postglossateurs qui l'ont précédé, donnent l'impression d'une plus grande simplicité. S'il a maintenu l'appareil de citations latines que lui imposait la tradition, il a compris que cet appareil était un complément utile, mais ne donnait pas, à lui seul, une justification.

Enfin, il a groupé ses solutions en un système logique et cohérent, où dominent ces trois idées, mal dégagées avant lui, et dont le développement du droit montrera toute l'importance : l'idée que la portée territoriale d'un statut dépend avant tout de la nature propre du rapport de droit qu'il régit, et par conséquent du but poursuivi par ses auteurs; l'idée que la question de compétence judiciaire et la question de statut sont distinctes, et peuvent comporter, même sur le terrain du droit pénal, des solutions différentes ; l'idée qu'une situation juridique acquise suivant la loi normalement applicable et constatée par le juge compétent doit être respectée partout (1).

Quelques détails biographiques aideront à comprendre comment Bartole a été préparé à jouer ce rôle. Bartole (Bartolus a Sassoferrato) naquit en 1314 à Sassoferrato (duché d'Urbin). Dès l'âge de quatorze ans, il avait commencé ses études juridiques, et il était l'élève de Cinus de Pistoie à Perugia (Pérouse). Il eut pour maîtres Jacobus *Buttrigarius*, *Rainerius*, *Oldradus*, et *Jacobus de Belvisio* à Bologne. Docteur en 1334, il fut assesseur du Podestat à Lodi et à Pise; puis professeur de droit à Pise en 1339, à Perugia en 1343. Il eut pour élèves Baldus et Angelus de Ubbaldis, nés à Perugia. En 1355, il représente Perugia auprès de l'Empereur Charles IV, alors à Pise, qui le comble d'honneurs. Il mourut à Perugia en juillet 1357, à l'âge de quarante-quatre ans.

(1) Sur le rôle de Bartole dans la science du droit international privé et du droit pénal international, v. Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 131 et suiv.; Sohm, *Systematische Rechtswissenschaft* (*Die Kultur der Gegenwart*), Hinneberg, 1906, p. 88 : Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 5e éd., 1907, p. 896; Sohm, *Institutionen des römischen Rechts*, 13e éd., 1908, p. 157; Meili, *Bartolus als Haupt der ersten Schule des internationalen Strafrechts*, Zurich, 1908, p. 5 et suiv. « La vérité, dit M. Lainé (*op. cit.*, p. 133) est que Bartole, s'aidant en partie des matériaux que lui avaient transmis ses prédécesseurs, appliquant la méthode que tous avaient suivie, a construit une théorie fort intéressante, quoique défectueuse en nombre de points, pleine d'aperçus de valeur inégale, mais ingénieuse, savante en somme pour le temps où elle parut, et que cette théorie, où l'idée de faire résulter de l'arrangement des mots le caractère des lois tient une place minime, c'est la doctrine italienne, avec les traits précédemment indiqués, nullement la doctrine que l'on connut en France aux XVIIe et XVIIIe siècles ».

Il y fut enseveli dans l'église Saint François. Plus tard, on lui éleva un tombeau magnifique dans la même église, avec l'inscription : Ossa Bartoli (1).

Parmi les ouvrages de Bartole, qui sont nombreux (2), celui qui nous intéresse, parce qu'il renferme la plupart de ses idées sur le droit pénal interstatutaire, est son commentaire du Code : *Commentaria in primam Codicis partem*. Au sujet de la loi *Cunctos populos* (C. I. 1. *De summa trinitate et de fide catholica et ut nemo de ea re publice contendere audeat* 1) Bartole, suivant l'exemple de ses prédécesseurs, étudie la glose : *Quod si Bononiensis conveniatur Mutinæ non debet judicari secundum statuta Mutinæ quibus non subest...* A l'occasion de cette glose, dit Bartole, il y a lieu d'examiner deux choses; la première est de savoir si le statut propre à un territoire s'étend aux personnes qui ne lui sont pas soumises; la seconde, si l'effet du statut se prolonge au delà du territoire. La Dissertation de Bartole porte alors sur 9 points : 1° les contrats; 2° les délits commis sur le territoire par des étrangers; 3° le testament; 4° les matières qui ne sont ni contrats, ni délits, ni dernières volontés; 5° l'application aux clercs des statuts faits pour les laïcs; 6° l'extension des statuts hors de leur territoire quant aux dispositions prohibitives; 7° l'extension des statuts hors de leur territoire quant aux dispositions permissives; 8° l'extension des statuts hors de leur territoire quant aux dispositions pénales; 9° l'application des sentences pénales hors des limites de la juridiction qui les a rendues.

D'autres passages de Bartole, intéressant aussi le droit pénal interstatutaire — mais dans sa partie spéciale — se trouvent dans son *Commentaire du Digeste* (*Bartoli commentaria in primam Digesti novi partem*) sous les textes suivants : Dig., 47, 2 *de furtis*, 18; Dig., 13, 1 *de condictione*

(1) Cf. Savigny, *Histoire du droit romain au Moyen âge*, trad. Guenoux t. IV, p. 223 et suiv.

(2) Œuvres de Bartole :

I. Commentaires (*Lecturæ*, *Repetitiones*) sur le Digeste, le Code et l'Authenticum.

II. *Consilia* (consultations) et *Quæstiones* (Controverses).

III. *Tractatus* 1° sur le droit public : de Tyrannia, de Regimine civitatis de Guelphis et Gibellinis, etc.

2° Sur le droit criminel : de carceribus, de quœstionibus.

3° Sur le droit privé : de fluminibus ou Tyberiadis (composées sur les bords du Tibre en 1355, de arbitris, etc.).

4° Sur la procédure (Ordo judicii : de testibus) qui passe pour une de ses meilleures œuvres, etc.

Les principaux passages de Bartole se rapportant au droit pénal international ont été publiés par Meili dans la *Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*. IV, 260-269; 340-346; 446-455. Nous renverrons fréquemment à cette publication. V. aussi Meili, *Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internationale Privat und Strafrecht* (Leipzig. 1894). Nous citerons les commentaires de Bartole d'après l'édition de Lyon, 1552.

furtiva où Bartole traite du vol, dans le cas où le voleur se serait enfui, muni de l'objet, sur un autre territoire; Dig., 48, 3, *de accusationibus et inscriptionibus*, 3, où Bartole traite des délits commis à distance, des délits continus et de la *remissio*; Dig., 47, 8, *vi bonorum raptorum* 4, 1; Dig., 47, 10 *de injuriis et famosis libellis*, 17 où il parle des délits commis en participation; Dig., 43. 1 *de interdictis* 10, 1, où il s'occupe des effets des jugements répressifs.

Il résulte clairement de cette « table des matières » que les solutions de Bartole, en droit pénal interstatutaire, sont inséparables de sa doctrine générale des statuts. Dans l'exposé qui suit, on se conformera à l'ordre qu'il a adopté, en étudiant successivement : les délits commis sur le territoire par des étrangers — l'extension des statuts hors de leur territoire quant aux dispositions pénales — l'application des sentences pénales hors des limites de la juridiction qui les a rendues.

§ 1. — Délits commis sur le territoire par des étrangers.

Après avoir rappelé que la matière a été traitée par son maître Cinus, Bartole propose la distinction suivante.

Si le délit commis sur le territoire par un étranger était prévu par le droit commun, il faudra appliquer, dans toute sa sévérité, la peine établie par *le statut local*. C'était l'avis de Dinus, de Jacobus de Arena, et de la plupart des auteurs du temps de Bartole (1). Il importe peu que la peine établie par le statut soit plus sévère que la peine du droit commun.

A l'appui de cette solution, Bartole cite deux textes du Code, C. I, 14, *de legibus*, 9; C. II, 2, *de jus vocando*, 2, dont le second a pour objet spécial d'interdire aux affranchis de citer en justice leur patron ou des membres de sa famille, et qui, tous deux, laissent entendre qu'un inculpé ne peut se prévaloir de l'obscurité de la loi (si quid in isdem legibus latum fortassis obscurius fuit) ou de son ignorance (rusticitas). L'analogie est, comme on voit, assez lointaine.

Si le fait commis n'est pas un acte punissable aux termes du droit commun, il convient de distinguer encore. Si l'étranger a séjourné assez longtemps dans le pays pour qu'il fût vraisemblable-

(1) « Si forensis deliquit hic, utrum puniatur secundum statuta hujus civitatis? Ista quæstio tangitur per Cinum... Dic latius : aut illud quod commisit in hac civitate est delictum de jure communi; et punitur secundum statuta, seu consuetudinem hujus civitatis... et ibi notatur per glossam, et hoc tenet Dinus... et omnes ». *Bartoli commentaria* (éd., Lyon, 1552), t. IV, *Prima Bartoli super Codice, De summa trinitate, lex cunctos populos*, n° 24; cf. Meili, *Zeitschrift für intern. priv. und Str. R.*, IV, p. 262, n. 20).

ment en état de connaître le statut, il lui en sera fait application. Dans le cas contraire, on admettra une sous-distinction. Si le fait était communément défendu dans toutes les villes, comme celui de faire sortir du blé du territoire sans l'autorisation des pouvoirs publics, l'étranger ne saurait obtenir, à raison de son ignorance, une absolution complète. Mais si le fait n'était pas interdit d'une manière aussi générale, le délinquant sera excusé, à moins qu'il n'ait connu la prohibition ou que son ignorance n'ait été grossière (1).

La seule innovation que Bartole ait apportée, dans cette matière, à la doctrine de ses prédécesseurs, vise le cas où le fait est prévu par les statuts de toutes les villes de Lombardie : sous la réserve d'une diminution gracieuse de la peine, le statut s'appliquera alors, même si le fait est étranger au *jus commune*. Le plus souvent, cette hypothèse se confondra avec le cas visé par Jacobus de Ravena, Pierre de Belleperche et Jean Fabre, où l'ordre public est en jeu : *ubi verteretur publica utilitas*. Car les dispositions prohibitives qui, étant étrangères au droit commun, se retrouvent dans tous les statuts, visent des actes qui, sans être attentatoires à la morale, sont défendus pour des raisons d'ordre économique ou politique communes à toute les villes du Nord de l'Italie : tels que l'exportation non autorisée du blé. Mais le criterium de Bartole a le double mérite d'une précision plus grande et d'une justification plus aisée. Quand une prohibition se retrouve dans tout les statuts, l'étranger est aussi inexcusable de ne pas la connaître qu'il est inexcusable d'ignorer le droit commun que Bartole, par un rapprochement ingénieux avec le *jus gentium* des Romains (D. I. 1, *de justitia et jure*, 9, Gaius, *libro primo institutionum*) présente comme établi par la raison naturelle (quod naturalis ratio inter homines constituit) (2).

Bartole cite encore un texte du Digeste, exclusivement relatif au paiement de l'impôt (D. XXXIX, 4, *de publicanis et vectigalibus et commissis*, 16, 5) qui défend au contribuable de se prévaloir de

(1) «.... Aut non erat delictum de jure communi; et tunc aut ille forensis ibi tantam moram traxit quod verisimiliter debet scire statutum; et tunc idem.... Aut ibi non contraxit tantam moram, et tunc aut illud factum erat communiter per omnes civitates prohibitum, ut puta, ut non trahatur frumentum extra territorium (sine licentia potestatis) quod est communiter prohibitum per totam Italiam; et isto casu non licet allegare ignorantiam ad totalem excusationem.... aut non ita est generaliter prohibitum, et non tenetur, nisi fuerit sciens.... » Bartoli, *Commentaria*, *loc. cit.*, n. 20, 21).

(2) Cf. ci-dessus, p. 64.

son ignorance : *licet quis se ignorasse dicat, nihilominus eum in pœnam vectigalis incidere divus Hadrianus constituit.*

§ 2. — Extension des Statuts hors du territoire.

Dans l'ensemble, la doctrine de Bartole constitue une réaction contre la tendance de ces prédécesseurs — en particulier de Jacobus de Bellovisu, de Cinus et de Johannes d'Andreas — à admettre largement l'effet extraterritorial du statut pénal.

Le statut ne peut pas s'étendre aux faits qui se sont produits à l'étranger, *entre étrangers*. — Bartole, si respectueux en général de la volonté du législateur statutaire, déclare que toute disposition du statut qui serait conçue en ce sens serait frappée de nullité (1). La raison donnée est que les statuts sont le droit propre de la cité. *Statuta sont jus proprium civitatis.* Leur application au dehors ne se justifie pas.

Il se montre aussi restrictif à l'égard de la compétence judiciaire. — Pourtant, il ne répudie pas l'exception résultant de la glose, admise par ses prédécesseurs, concernant les *vagabundi*. — Mais il s'est abstenu de l'élargir comme eux, en l'étendant aux *banniti*. Il admet deux exceptions à l'incompétence du juge quant aux délits commis à l'étranger entre étrangers, exceptions qui sont un hommage au principe, puisqu'elles résultent uniquement de dérogations conventionnelles : l'une concernant les rapports entre villes alliées (2) ; l'autre, visant l'hypothèse d'un accord, avec clause de réciprocité (3).

On ne saurait négliger enfin l'importante extension de la compétence territoriale qu'entraîne la fameuse théorie de Bartole sur le vol. Le vol, envisagé comme un *délit continu* est réputé se com-

(1) « Octavo circa statuta punitoria hoc examinandum est per multas quæstiones : primo an expressa possint porrigere suum effectum extra territorium suum ? Ad quod dico quod aliquando uterque, scilicet delinquens, et ille in quem delinquitur extra territorium, est forensis : tunc, regula est quod statutum, etiamsi expresse caveatur in eo, non porrigitur ad eos qui extra territorium.... » *Bartoli Commentaria*, éd. Lyon, 1552. *Prima Bartoli super codice. De summa trinitate; lex cunctos populos*, n. 44.

(2) « Ista regula fallit in civitatibus confœderatis et colligatis invicem : ut si statuto Perusii caveatur, quod delinquens Assisii possit puniri hic : ut notatur D. 49, 15 *de captivis et de postliminio*, 7 *in fine* » (*Bartoli Commentaria, loc. cit*).

(3) « Idem puto, si civitas, in cujus territorio delinquitur, istud statutum facere consensisset, eadem ratione » (*Bartoli Commentaria, loc. cit*).

mettre aussi longtemps que l'agent reste en possession de l'objet dérobé. Ainsi le voleur peut être jugé partout où il est saisi. L'argumentation de Bartole repose : pour la forme, sur l'analogie infiniment lointaine de la règle romaine qui accorde l'*actio furti* à chacun des propriétaires consécutifs d'un objet volé (1), en réalité sur la nécessité d'assurer la répression vis-à-vis d'une catégorie de malfaiteurs particulièrement fréquents et dangereux. Les successeurs de Bartole attestent que l'application de son système a conduit à la potence 10.000, ou même 100.000 voleurs.

Sous le bénéfice de ces observations, la compétence du juge ne s'étend pas aux infractions commises par des étrangers à l'étranger.

Le fait que la victime du délit commis à l'étranger est un citoyen apportera-t-il un tempérament à la rigueur de la règle précédente ? Bartole connaissait plusieurs dispositions, en vigueur de son temps (2), qui attribuaient compétence au juge de la cité pour les infractions perpétrées au dehors contre ses ressortissants. Mais il n'admettait pas la valeur de ces dispositions, inspirées par la passion politique, et que le principe ne justifie pas. Le principe, en effet, est toujours que le statut ne peut pas régir, en dehors de son territoire, des individus qui ne lui sont pas soumis (3).

Pour montrer la subtilité des discussions dans le détail desquelles Bartole n'a pas dédaigné d'entrer, on peut mentionner les arguments dont se prévalaient les partisans du système qui avait triomphé dans la pratique. — L'un de ces arguments est emprunté au droit canonique. On alléguait un texte du Code, C. I. 3 *de episcopis et clericis* 2 aux termes duquel un laïque, coupable d'offense envers un membre du clergé, devient, pour ce

(1) « Sicut mutatione dominii nascitur nova actio furti ad pœnam applicandam parti : sic, mutatione territorii et juridictionis nova nascitur actio seu accusatio furti ad vindictam publicam » — Le texte sur lequel repose l'argumentation de Bartole est un texte de Paul D. 47, 2. *De furtis*, 47 : *Si dominium rei subreptæ quacumque ratione mutatum sit, domino furti actio competit, veluti heredi et bonorum possessori et patri adoptivo et legatario.* Il résulte de ce texte que l'héritier, l'adoptant, le légataire... n'exercent pas l'*actio furti* en tant que successeurs, mais en leur nom propre. Voir Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Paris, 1915, p. 569 et suiv.

(2) V. plus haut, p. 127.

(3) « Dic ergo regulariter : tale statutum non valet, quia non potest disponere extra territorium suum et in personis non subditis » (*Bartoli Commentaria, loc. cit.*, n. 45).

fait, justiciable des tribunaux ecclésiastiques. La qualité de la victime, disait-on, peut donc influer légitimement sur la compétence. Bartole répond que si dans ce cas spécial, la qualité de la victime a permis de saisir la juridiction ecclésiastique, c'est qu'elle a changé la nature du délit qui est devenu un *sacrilège* (1) — Le citoyen qui se transporte à l'étranger, ajoutait-on, transporte avec lui une parcelle du sol natal : le délit dont il est l'objet peut être regardé comme ayant eu lieu sur le territoire (2). Bartole répond qu'il est abusif d'assimiler l'individu, susceptible de déplacement, à un immeuble. L'individu peut être la victime, mais il n'est pas le « lieu » du délit (3).

Pourtant, dans quelques hypothèses nettement déterminées, Bartole permet à la victime de s'adresser au juge de son propre domicile.

La première exception, inspirée par un précédent romain, vise le cas où des habitants du littoral se seraient frauduleusement approprié des objets perdus dans un naufrage. Les propriétaires de ces objets pourront poursuivre les voleurs devant leurs propres juges (4). Cette décision traditionnelle est dictée par la haine des voleurs — odio furum — et le désir de simplifier la poursuite dans une situation où la preuve est malaisée.

La seconde exception concerne les rapports entre cités confédérées. La solution admise pour les délits commis à l'étranger fournit un argument *a fortiori* (5).

Enfin, toutes les fois que le *judex loci* ne punit pas le fait, soit qu'il ne veuille, soit qu'il ne puisse pas le faire, le *forum domicilii* de la victime est exceptionnellement compétent. Ce qui fait brèche,

(1) « Sed illa non faciunt : quia in clerico offenso est ratio, quia committitur sacrilegium, quod est crimen ecclesiasticum : ideo pertinet ad ecclesiam ». (*Bartoli Commentaria*, *loc. cit.*, n. 45).

(2) « Præterea ratione loci in quo delictum committitur, quis efficitur de illa juridictione, etiamsi est forensis (D. I. 18. *de officio præsidis* 3 ; C. III. 15 *Ubi de crimine agi oportet.* et in Authentic. *Qua in provincia*). Sed si delinquit in loco civitati subjecto, scilicet in persona civis sui, ergo.... » (Bart., *op.* et *loc. cit.*, n. 45).

(3) « Et istud quod dicit *ratione loci* et intelligo ratione rei immobilis, ut territorii, non rei mobilis, vel se moventis » (Bart. *loc. cit.*, n. 45).

(4) « Fallit in capientibus ex naufragio qui possunt puniri a judice personæ offensæ ; et sic, cum tale statutum pertineat ad personas hujus jurisdictionis, poterit adversus tales delinquentes extra territorium fieri statutum, ut D. 47. 9. *de incendio ruina naufragio rate nave expugnata*, 7, ut ibi notatur per glossam, licet Cinus eam non teneat in d. Auth. *qua in provincia* » (Bart., *loc. cit.*, n. 45).

(5) « Item fallit in civitatibus fœderatis ; ut supra dixi » (Cf. p. 129) (Bart., *loc. cit.*, n° 45).

alors, au principe de la stricte territorialité, c'est la nécessité d'assurer la répression (1).

Quant aux délits commis par les domiciliés hors du territoire, Bartole a trois questions à se poser : 1° Le tribunal de la cité est-il compétent? 2° Le droit de poursuite appartient-il exclusivement à la victime, ou le juge peut-il se saisir lui-même? 3° Le statut de la cité (statutum domicilii) est-il applicable?

Sur le premier point, Bartole établit une distinction. Aucun doute, dit-il, si le statut attribue formellement compétence au juge du domicile. Ce statut est certainement valable. En effet, la tradition romaine, maintenue par les auteurs, est en ce sens.

On a critiqué, bien à tort, cette distinction, comme une marque de l'attachement excessif de Bartole à la lettre du statut (2). Bartole cherche d'abord la solution dans le droit positif; il se demande ensuite si le statut qui la contient est valable. Rien de plus simple et de plus rationnel que cette méthode.

Si, au contraire, le statut est muet sur la question, il faut consulter le droit commun. Or le droit commun est certainement favorable à la compétence du *forum domicilii*. Dans les deux hypothèses successivement envisagées par l'auteur, le résultat est le même.

Mais la question d'application se pose. Si la victime du délit ne se plaint pas, le juge pourra-t-il être saisi *per inquisitionem*? Précisons l'hypothèse. Un statut de la ville de Pérouse décide que lorsqu'un homicide a été commis, le juge peut être saisi par l'*accusatio* de la victime, mais qu'aussi le Podestat peut *inquirere*. C'est une règle de procédure interne. On suppose qu'un habitant de Pérouse s'est rendu coupable d'un meurtre en dehors de la cité. Alors, en l'absence de toute initiative privée, le Podestat peut-il agir directement, *per inquisitionem* (3)?

(1) « Item fallit si judex loci, ubi civis meus offenditur, offensam non vindicat tunc poterit fieri statutum contra offendentem civem extra territorium. Argumentum, C. I, 9, *De judæis*, 14 » (Bart., *loc. cit.*, n. 45).

(2) V. en particulier, Meili, *Bartolus als Haupt der ersten Schule des internationalen Strafrechts*, Zurich, 1908, p. 31.

(3) « Cavetur statuto civitatis Perusii, quod potestas de quolibet homicidio possit inquirere, vel procedere per accusationem vel inquisitionem. Alio statuto cavetur quod pro homicidio imponatur certa pœna. Accidit quod quidam Perusinus delinquit extra territorium : quæritur utrum potestas hujus civitatis possit inquirere et punire secundum formam statuti an solum de jure communi? » (Bart., *loc. cit.*, n. 47).

Deux opinions sont en présence : l'une, négative, représentée par Odofredus et par Albertus de Gandino; l'autre, affirmative, plus récente, est celle de Cinus (1). En faveur de la première, on rappelle que l'*inquisitio* ne doit pas avoir lieu pour la satisfaction des intérêts privés, mais seulement *ad vindictam publicam*, dans un but de vengeance sociale. Or l'intérêt public n'est lésé que là où l'injure a été faite, au lieu de commission du délit. On ajoute que si le chef de la cité est le père de ses sujets, s'il a le devoir de les protéger partout où ils se trouvent, cette considération ne saurait intervenir lorsque, précisément, la victime du délit est un étranger (2).

Ces motifs ne semblent pas déterminants à Bartole. S'il est conforme à l'intérêt de la cité que ses habitants, résidant à l'étranger, soient protégés contre tous attentats — idée à laquelle Bartole a fait, comme on l'a vu (3), une part restreinte — l'intérêt de la cité exige, plus certainement encore, que ses membres, voyageant au dehors, lui fassent honneur par leur conduite. *Reipublicæ interest habere bonos subditos* (4). L'intérêt de l'État, tel paraît bien être, pour Bartole, le criterium de la compétence judiciaire.

L'auteur fait intervenir une constitution d'Antonin (D. I. 6 *de his qui sui vel alieni juris sunt* 1. 2) qui prescrit de punir avec une égale sévérité celui qui tue son propre esclave et celui qui tue l'esclave d'autrui. L'idée qui inspire ce rapprochement est, sans doute, qu'un maître cruel cause, par l'immoralité de son acte, un dommage moral à la cité, au même titre que le citoyen coupable. L'auteur se contente pour les arguments qu'il tire des textes romains — les exemples déjà nombreux pourraient être multipliés — d'une ressemblance assez vague entre les espèces.

Enfin, quel statut le juge du domicile — qu'il se trouve saisi *per accusationem* ou *per inquisitionem* — devra-t-il appliquer?

(1) « Ista quæstio fuit facta per Odofredum, et determinavit quod non possit per inquisitionem procedi, nec delinquens possit puniri secundum formam statuti, sed solum de jure communi. Cujus opinionem ponit Albertus de Gandino in fine sui libelli. Postea doctor Cinus disputavit istam quæstionem in civitate Senarum (Siena) et determinavit contrarium » (Bart., *loc. cit.*, n. 47).

(2) » Præterea rectores civitatum dicuntur patres subjectorum : ...sed homo forensis offensus extra territorium non est subjectus illi judici terræ originis offendentis, et sic est non ei tanquam pater, merito de injuria ei facta non potest procedere » (Bart., *loc. cit.*, n. 47).

(3) V. p. 141.

(4) « Hoc probatur ratione proprii interesse. Nam reipublicæ interest habere bonos subditos (D. I, 6, *De his qui sui vel alieni juris sunt*, 1, 2). Sed homines boni efficiuntur si eis pœna imponatur ex delicto : ut D. I, 1, *De justitia et jure* 1. 1, et de hoc quod expresse sit ratio publicæ disciplinæ, ut, D. 39, 4, *de publicanis*, 9, 5 » (Bart., *loc. cit.*, n. 47).

On a présente à la mémoire la solution de Cinus. Si le fait est prévu par le droit commun, le juge ne consultera, pour la qualification et le taux de la peine, que son propre statut : le *statutum domicilii*. On sait que, sur ce point, le grand juriste de Florence avait fait école.

Bartole rappelle très exactement les arguments de Cinus : celui qui procède de l'analogie avec la matière des jugements : *lex et sententia æquiparantur* : or, la sentence est susceptible d'effets extraterritoriaux ; — celui qui procède du droit canonique : le juge séculier connaît, suivant sa loi propre, du délit commis dans une église ; — celui qui procède, enfin, de l'opposition entre l'*obligationis substantia*, pour laquelle on consulte seulement le droit commun, et la *nova qualitas*, qui dépend du *statutum domicilii* (1).

Fidèle à la méthode que nous avons indiquée, Bartole consulte d'abord les *verba statuti*. Si le statut se prononce lui-même pour son extension en dehors du territoire, pour son application aux délits commis par des domiciliés, cette application sera admise : elle ne rencontre aucune objection, quant à la validité d'un tel statut (2). Il faut savoir, avant tout, pour qui le législateur a statué.

Mais supposons, en second lieu, que le législateur est resté muet sur la question. Une distinction s'impose. Quant à la manière de procéder, aux règles de forme, le juge saisi ne connaît que son statut propre (3). — Quant au fond, par exemple s'il s'agit de fixer la peine de l'homicide, il doit s'inspirer à la fois du droit commun et du *statutum loci* qui est pour lui un statut étranger. Il demandera au droit commun si le fait est un délit; mais il ne

(1) « Et si dicatur quomodo porrigit suum effectum extra territorium? Respondet ipse (Cinus). Fateor quod extra territorium non potest inducere novam obligationis substantiam, sed bene potest illi delicto quod est de jure communi addere novam qualitatem : quæ facilius adjicitur quam substantia : ut D. 9. 4, *de noxalibus* 4, 3 » (Bart., *loc. cit.*, n. 47).

(2) « Mihi autem videtur verba statuti diligentius esse intuenda : aut enim expresse disponit de eo quod civis facit, etiam extra territorium, et tunc contra eum procedi poterit et puniri : dicta C. 4. 42 *de eunuchis* 2, et supra proxime quæ dixi. Aut limitative loquitur de eo quod fit intra territorium, et tunc non extenditur ad ea quæ fierent extra (D. 24. 3 *sol. mat.*, 64, 9) » (Bart., *loc. cit.*, n. 48).

(3) « Aut statutum simpliciter loquitur, et ista est quæstio nostra, et de hoc casu dicam. Aut quæritur de modo procedendi; et posset procedi secundum statutum civitatis originis : quia statuta, quæ respiciunt processum seu litis ordinationem porriguntur ad omnem litem quæ in ipsa civitate actitatur » (Bart., *loc. cit.*, n. 48).

consultera que le *statutum loci* pour la qualification et pour la peine. En effet, dit Bartole, qu'il s'agisse de contrats ou de délits, le statut local régit toutes les « choses » qui ont leur siège sur le territoire : debet inspici locus ubi res est situata (1).

Cette décision de Bartole a fait l'objet des plus vives critiques : « Au cas où le statut de la cité, écrit notamment M. Lainé (2), ne s'est pas expliqué sur son étendue d'application si l'un de ses sujets vient à commettre un délit hors du territoire, Bartole décide que les juges de la cité pourront poursuivre le délinquant suivant la procédure de leur pays, mais devront prononcer soit la peine du droit commun, soit celle que prescrit le statut du lieu où le délit a été commis. Il assimile, à cet égard, les délits aux contrats. Sur ce point, Bartole fut moins bien inspiré que son maître Cinus, dont il rapporte l'opinion, et d'après lequel le juge aurait pu se conformer au statut même de la cité. Il ressort ainsi de là que Bartole, qui n'a dit nulle part pourquoi suivant lui les contrats doivent être régis par la loi du lieu où ils sont effectués, estime sans doute que la raison en était la sujétion temporaire des parties au pouvoir local ».

A notre avis, cette interprétation de la pensée de Bartole est inexacte, et, par suite, la critique précédente est injustifiée. L'application du *statutum loci* ne se fonde pas sur la sujétion temporaire du délinquant au pouvoir local. Bartole a dit nettement — bien au contraire — que si la répression intervient, c'est dans l'intérêt de la cité à laquelle il se rattache par son domicile — *cujus interest habere bonos subditos*.

Le *statutum loci* s'applique aux délits, parce qu'il est conforme aux principes qu'il régisse, toutes les « choses » ayant leur siège sur le territoire. Bartole ne précise pas davantage la raison, qu'il dit commune aux contrats et aux délits. Mais il est facile de compléter sa pensée, si l'on rappelle les motifs que les auteurs donnaient communément, pour justifier l'application, par le *judex loci*, du *statutum loci*, aux délits commis sur le territoire. Bar-

(1) « Aut quæris de modo puniendi ; et tunc puniatur vel de jure communi vel secundum statutum loci ubi deliquit : quia statuta quæ respiciunt litis decisionem non porriguntur ad ea quæ extra territorium sunt commissa, sed debet inspici locus ubi res est situata : ut supra dictum est, tam circa contractus, quam circa delicta. Et hic est casus in dicto capite *et animarum*, § 1 facit, l. 12, § 1. *De rebus auct. jud. poss.*, 42, 5 ; et in hoc teneo opinionem *Odofredi* et *Alberti* de *Gandino* (fr. 57 et 20, *De jud.*) » (Bartoli, *loc. cit.*, n. 48).

(2) *Introduction à l'étude du droit international privé*, t. I, p. 162.

tole se réfère à cette doctrine, lorsqu'il cite Odofredus et Albertus de Gandino. Ce motif est que le délinquant a pu s'attendre à l'application du statut en vigueur sur le territoire, et de celui-là, seulement. Il est donc *juste* que ce statut lui soit appliqué, dans la mesure où il a pu le connaître, dans la mesure où ce statut n'établit pas une incrimination étrangère au *jus commune*. Bartole a eu le mérite de distinguer très nettement la question de compétence judiciaire, et la question de compétence législative. Pour la première, il tient compte surtout de l'*intérêt* respectif de chaque cité. Pour la seconde, il a égard, en premier lieu, à des considérations de *justice*.

Dans le système de Cinus, le délinquant sera jugé d'après une loi différente, suivant qu'il sera traduit devant le *judex loci* ou devant le *judex domicilii*, chacun de ces juges devant lui faire application de son propre statut. Dans le système de Bartole, le délinquant sera toujours jugé d'après la *lex loci*, quel que soit le tribunal devant lequel les circonstances l'amèneront à comparaître. Ce dernier système est donc seul de nature à assurer la fixité du droit ; il est le plus conforme à l'établissement d'une communauté de droit entre les cités. Cette observation suffit, à notre sens, pour établir la supériorité de la solution de Bartole.

§ 3. — Autorité des sentences pénales hors des limites de la juridiction qui les a rendues.

M. Lainé met en lumière les difficultés que Bartole a rencontrées, lorsqu'il s'est agi pour lui de déterminer les effets des jugements répressifs hors du territoire : « Dans l'ensemble, dit-il (1), la matière est traitée d'une manière vague et obscure. Cela tient, peut-être, à la situation politique des villes d'Italie qui n'étaient pas entièrement souveraines, et à l'existence d'un droit commun supérieur aux statuts municipaux. Nous avons déjà vu ces circonstances influer sur la compétence des statuts relativement à l'application des peines. Elles avaient sans doute, en théorie du moins, plus d'influence encore sur l'exécution des jugements hors du territoire. L'empire respectif des lois, en matière pénale, ne peut être bien défini que dans une société où l'indépendance et la souveraineté des États sont incontestées ».

S'il est vrai, comme on va le voir, que Bartole, lorsqu'il a fallu

(1) Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 163.

régler l'exécution forcée des jugements répressifs à l'étranger, est tombé dans de singulières complications, il a eu du moins le mérite d'apercevoir une distinction essentielle. Il a nettement séparé *l'exécution forcée des jugements* — et *le respect de la chose jugée :* deux matières que régissent des principes opposés; d'une part l'*indépendance des États* qui interdit à chacun d'eux de se manifester par des actes d'autorité sur le territoire d'un autre État — d'autre part, *la justice* qui impose à la reconnaissance de tous le droit légitimement acquis, la chose jugée par la juridiction compétente. A ces deux idées se rattachent les positions que Bartole a prises dans la discussion que ses prédécesseurs, comme on a pu le voir, avaient laissée assez confuse.

Bartole se demande si un jugement répressif qui prononce la confiscation (*publicatio*) peut s'étendre à des biens situés hors du territoire. Il résout la question par la négative, sans distinguer si le juge tient ses pouvoirs du droit commun, ou d'une *lex specialis* (1). Mais il admet ensuite, assez illogiquement (2), que si la sentence est rendue en vertu du droit commun, l'exécution forcée peut avoir lieu au dehors. Dans ce cas, chaque cité soumise à un pouvoir politique distinct (*fiscus*) s'appropriera les biens situés sur son territoire (3).

Bartole affirme ensuite qu'un jugement ne peut imposer au condamné, à titre de peine, une résidence obligatoire en un lieu déterminé, situé hors du territoire. Le juge ne peut pas prononcer la déportation dans une île qui dépend d'un souverain étranger (4).

(1) « Nec placet ut distinguas an judex habeat juridictionem a lege communi vel a lege municipali : quia non curo unde jurisdictionem habeat, sed hoc solum an pronuntietur super eo quod de jure communi est dispositum, an vero de novo disponat » (*Bartoli Commentaria*, t. IV, *Prima Bartoli super Codice. De summa trinitate. Lex Cunctos populos*, n. 51).

(2) Ailleurs, en effet, Bartole pose un principe absolu. « Dispositio quæ fit in poenam alicujus, non potest directo egredi locum jurisdictionis disponentis... Eodem modo dico quod si judex interdicit tibi bonis, *non propter delictum tuum in pœnam* sed in commodum tuum : quia tu es prodigus, ne bona tua pereant : istud interdictum porrigitur ad omnem locum » (Bartoli, *Commentaria*, t. III, *Secunda Bartoli super Digesto novo. De Interdictis et relegatis, Interdicere*, p. 229).

(3) « Aut publicatio non fit de jure communi : et tunc non extenditur ad alia bona, etiam alibi sita, per dictas leges. Aut fit de jure communi ; et tunc ad omnia bona, etiam alibi sita, extenditur, tamen quælibet civitas habebit bona in suo territorio sita » (Bartoli, *Commentaria, loc. cit.*).

(4) « Teneo ergo opinionem glossae et Dini, quod præses non potest deportare, quando non habet insulam. Secus si haberet ut hic ». *Bartoli commentaria in*

Agir ainsi serait faire de ce souverain l'exécuteur de ses sentences : ce serait empiéter sur son indépendance et porter atteinte à sa dignité.

Mais, inversement, le juge peut-il interdire au condamné de pénétrer ou de résider dans un lieu déterminé, situé hors du territoire? Bartole résout encore cette question par la négative. Mais le motif n'est plus le même. En effet, l'auteur admet bien que pour des raisons d'ordre public, ou dans une pensée d'hostilité envers les habitants d'une cité étrangère, il soit défendu à un citoyen de se rendre dans cette cité ou d'entretenir avec elle des relations commerciales. Il ne considère donc pas que des prohibitions de ce genre portent atteinte à la souveraineté. Ce qu'il n'admet pas, c'est qu'une telle mesure soit prise *à titre de peine* pour le citoyen qui en est l'objet [1]. C'est donc le caractère *pénal* de la disposition qui l'empêche d'étendre ses effets hors du territoire. Si Bartole avait pris la peine de développer ici toute sa pensée, il aurait ajouté sans doute, prenant le contre-pied d'une opinion défendue par Cinus [2] que la sentence pénale est territoriale dans son application, comme la loi *Lex et sententia æquiparantur*.

Pour la même raison, un jugement qui défend au condamné d'accomplir certains actes, qui lui interdit l'exercice d'une profession, ne peut produire aucun effet à l'étranger [3].

Comment donc expliquer que les sentences qui, sans contenir interdiction de séjour, sans abolir telle ou telle faculté déterminée, modifient l'état de la personne, diminuent d'une manière générale sa capacité, étendent très largement leurs effets au dehors?

Ainsi la sentence qui prononce l'*infamie* pour sanction de différents crimes tels que l'homicide, le faux témoignage, le jeu habituel, la bigamie [4], la sentence qui rend l'individu *servus*

primam Digesti novi partem (Lyon, 1552). *Secunda Bartoli super Digesto novo. De interdictis et relegatis*, lex. III, *Relegatorum*, p. 229).

(1) « Ego video quod municipium vel civitas potest statuere quod quis non vadat ad faciendum mercantias extra municipium, vel quod quis non vadat ad faciendum mercantias in tali civitate... Solum dispositio quæ fit in pœnam alicujus non potest directo egredi locum jurisdictionis disponentis ut hic. Sed si non fit in pœnam ejus, sed in pœnam hominum illius loci, ad quem nolo aliquem accedere, vel in commodum istius civitatis, tunc valet dispositio » *Secunda Bartoli, loc. cit.*, lex. III, v° *Interdicere*, p. 229.

(2) V. p. 125.

(3) « Aut non respicit interdictum certi loci, sed certæ artis : et tunc non porrigitur extra territorium : ut l. 9, *de postul.*, 3, 1 ». *Bartoli Commentaria*, t. IV; *Prima Bartoli super Codice, De summa trinitate*. lex. *Cunctos populos*, n. 50.

(4) V. Kohler, *Studien aus dem Strafrecht : Das Strafrecht der Italienischen*

pœnæ, celle qui le frappe d'excommunication (1). L'effet de ces sentences sera reconnu partout. *Pæna imposita hic habet effectum ubique.*

C'est qu'alors le changement réalisé dans l'état ou dans la capacité de l'individu ne constitue pas l'exécution forcée du jugement. Il procède directement de la condamnation. Il est attaché à la qualité de la peine (2).

Ou, si l'on préfère : le jugement est exécuté dès l'instant où il est rendu, là même où il est rendu : l'exécution a consisté dans le changement qui s'est opéré aussitôt — *statim* — dans l'état ou la la capacité du condamné. Ce résultat s'est produit sur le territoire : il est définitif, universel. L'état modifié, la capacité restreinte accompagneront l'individu partout où il se transportera « comme la lèpre suit le lépreux » (3). C'est qu'il ne s'agit plus alors d'exécuter un jugement, mais de reconnaître la validité d'un droit acquis.

Une distinction fort simple succède donc à la variété des restrictions arbitraires auxquelles les prédécesseurs de Bartole avaient subordonné l'effet des jugements à l'étranger (4). Il n'y a plus lieu de rechercher si le jugement émane d'un juge compétent en vertu

Statuten vom 12-16 Jahrhundert. *Allgemeiner Teil. Erste Hälfte*, p. 157. L'infamie entraîne l'inaptitude à tout emploi, l'incapacité de témoigner, etc.

(1) « Aliquando vero non respicit principaliter interdictionem loci, nec artis, sed diminutionem status : ut quando quis efficitur infamis, tunc dicitur status ejus minui : ut D. 50, 13, *de extraordinariis cognitionibus*, 5. 1-3. Et primo casu pœna imposita hic habet effectum ubique, ut D. III. 1, *de postul.*, 9 ». *Bartoli Commentaria, Prima Bartoli, loc. cit.*

(2) « Idem dico in his qui efficiuntur servi pœnæ per sententiam, multo magis : nam in his contingit diminutio status solum ex qualitate pœnæ, ut dicta D. 48, 19, *de pœnis* 29 et C. 5, 16, *de donationibus inter virum et uxorem*, 24. Ibi ex pœnæ qualitate » *Bartoli Commentaria*, t. IV, *Prima Bartoli super Codice. De Summa trinitate, lex. Cunctos populos*, n. 50. — Cf. Meili, *Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internationale Privat und Strafrecht*, n. 50).

(3) « Crederem quod illa mulier quæ fuit hic condemnata ad ignem, et postea fuit recepta a familia, quod statim fuit effecta serva pœnæ etiam secundum jura hodierna : ut dicta, l. D. 48, 19, *de pœnis* 29, et quod ibi notatur, et C. 5, 16, *de donat. inter virum et ux*, 24 ; Auth. *sed hodie* Nov. 22, 8). Nam post sententiam non debuit supervenire : et ideo ubicumque sit dico quod est serva pœnæ, nec potest facere testamentum, nec contrahere, nec similia facere. Et dico idem in excommunicato, quia ubique dicitur excommunicatus... Istæ enim pœnæ quæ respiciunt diminutionem status infliguntur in personam et ipsam personam sequuntur, sicut lepra leprosum » (Bartoli, *op. cit.*, *De Summa Trinitate. lex. Cunctos populos*, n. 50).

(4) V. p. 126, n. 5.

du droit commun — s'il est rendu par application du droit commun ou du statut de la cité (1).

Cette distinction ne fournit pas une réponse immédiate à la question suivante : les condamnations prononcées par des juges étrangers entrent-elles en ligne de compte pour la peine aggravée qu'encourent les récidivistes ?

Bartole rappelle que sur ce point, la solution admise — notamment par Dinus — était négative. Un voleur n'encourra pas de peine spéciale à raison des vols antérieurs qu'il a pu commettre à l'étranger (2).

C'est exact, dit Bartole, en ce sens qu'aucune peine principale ne sera prononcée pour ces délits antérieurs. Encore faut-il mettre à part l'hypothèse où le délinquant serait un citoyen, où le juge serait compétent comme *judex domicilii* (3).

Mais ces infractions précédentes commises à l'étranger peuvent déterminer *une simple aggravation de la peine*. Exigera-t-on, pour prononcer la peine aggravée, que ces délits antérieurs aient été suivis d'une ou plusieurs condamnations, passées en force de chose jugée ? — Suffira-t-il, au contraire, que ces délits aient été commis, même s'ils viennent d'être découverts : même s'ils n'ont pas encore été jugés ? — La première situation porte seule le nom de *récidive* : la seconde est la *réitération* (4).

Il semble bien que ni la théorie de la récidive ni celle de la réitération ne sont demeurées étrangères à la pratique italienne, pour ce qui est, tout au moins, du droit interne. Toutes deux peuvent entraîner une aggravation, sans que les statuts précisent toujours, bien nettement, de laquelle il s'agit. Les dispositions que nous citons sont, il est vrai, postérieures à Bartole, mais elles renferment la codification d'une pratique ancienne. A *Bellinzona*

(1) « Singitur ex genere pœnæ, non curo utrum talis pœna imponatur ex forma statuti vel ex jure communi. Facit ad hoc, D. III, 2, *de his qui nota. infa.*, 22 » (Bartoli, *loc. cit.*, n. 50).

(2) « Quæro si unus fecit unum maleficium in civitate ista et alibi plura maleficia commisit, utrum in civitate ista hic possit puniri de maleficiis alibi commissis. Videtur quod non propter istum textum, et ita tenet Dinus » (*Secunda Bartoli super Digesto novo, de accusationibus et inscriptionibus, in lege si cui § eum sacrileg.* (fr. 7, § 5), n. 6, p. 176.

(3) « Sed dictum Dini intelligo esse verum, nisi in cive istius civitatis qui ratione originis hic potest puniri de delicto alibi commisso : ut l. j. ubi de crim. agi oportet. Item dictum Dini intellige quod delictum alibi commissum non potest puniri principaliter hic : sed potest pœnam delicti hic aggravare : nam fures publici et famosi suspenduntur » (*Secunda Bartoli, loc. cit.*).

(4) Kohler, *Studien aus dem Strafrecht : Das Strafrecht der italienischen Statuten*, p. 302.

(1390) le faussaire est puni pour la première fois par l'exposition publique, la seconde fois par la perte de la main, la troisième fois par le feu ; il s'agit bien de récidive. Mais les peines aggravées infligées notamment à Rome (1363) aux meurtriers et aux brigands d'habitude viennent sanctionner la simple réitération (1). Il en est ainsi pour le vol : le voleur qui en est à son deuxième ou troisième vol est frappé de la peine aggravée (2). Le *fur famosus* est pendu à *Saio* (1386), *Lodi* (1390), *Tolentino* (1436), *Jesi* (1516), *Spoleto* (1542).

Quand les délits précédents ont été *commis* à l'étranger, Bartole admet l'aggravation. Le *fur famosus* dont l'activité s'était précédemment exercée hors de la cité sera pendu. Le vol nouveau est « qualifié » par les vols antérieurs (3). Bartole ne suppose pas de condamnations déjà prononcées. Il ne vise donc que la *réitération*. La solution qu'il propose, sur ce point, est étrangère à sa théorie sur l'autorité de la chose jugée.

La solution de Bartole est passée dans les statuts. En particulier, ceux de *Sinigaglia* (1537) de Fermo (1586) décident qu'il doit être tenu compte, pour l'aggravation de la peine, des vols commis à l'étranger.

Section III.

La Doctrine italienne des Statuts après Bartole.

Sommaire. — Influence de Bartole sur la doctrine postérieure. — Caractères nouveaux de cette doctrine. — Les auteurs et leurs œuvres. — 1° Les délits commis sur le territoire. — Influence de l'élément psychologique sur l'application du statut local. — 2° Délits commis par des domiciliés à l'étranger. — Caractère subsidiaire de la compétence du *judex domicilii* : ses conséquences, au point de vue de la *remissio*. — Définition du domicile. — Compétence législative. — Effets du jugement prononcé par le *judex domicilii*. — 3° Délits commis hors du territoire de la cité par des étrangers. — Protection de la communauté et de ses membres contre les attentats venus du dehors. — Régime exceptionnel du *vagabundus*, du *bannitus*, de l'*assassinus*. — Controverses relatives à la théorie de Bartole sur le vol. — Première affirmation, par Covarruvias, de la compétence universelle.

L'histoire de la doctrine italienne des statuts, du XIVe au XVIe siècle, est dominée par l'influence de Bartole. Cette influence

(1) Kohler, *eod loco*.

(2) Kohler, *loc. cit.*, p. 424.

(3) « Si aliquis alibi fecit plura furta et hic unum tantum : tunc propter furta alibi commissa hic acrius punitur : quia suspenditur. Nam furta alibi commissa qualificant furtum factum hic : ut acrius puniatur quia suspenditur » *Secunda Bartoli super Digesto novo* : *de accusationibus et inscriptionibus, in lege si cui § cum sacrileg.* (fr. 7, § 5), n. 6.

n'a cessé de s'accroître. L'autorité de Bartole, proclamée par Paul de Castre, admise par Balde, discutée par Salicet, s'affirme sans conteste au XIV[e] siècle, dans les écrits d'Alexander Tartagnus (1). Cependant, telles de ses opinions n'ont pas cessé de servir d'aliment aux controverses des juristes.

Bartole figure au premier rang des auteurs qui font autorité. En effet, il s'est constitué une « doctrine ». Les textes romains n'interviennent plus que pour mémoire. La glose elle-même a cessé de servir de base à la discussion. A l'appui d'une solution que l'on propose, on compte les avis des docteurs, dont la majorité crée la *communis opinio*.

Certains ne furent pas dépourvus de mérite. *Balde* et *Salicet* ont ajouté, l'un des observations judicieuses, l'autre des aperçus ingénieux à l'œuvre de Bartole. Mais bientôt la recherche, la subtilité, le goût excessif des distinctions et des sous-distinctions se manifestent dans les écrits. Au XV[e] siècle, une dialectique sans intelligence et sans goût domine dans les écoles où elle est protégée, imposée aux professeurs par les décrets de l'autorité (2). Au XVI[e] siècle, *Clarus* retrouve la vigueur d'argumentation des anciens maîtres bolonais. Puis, les abus de la scholastique reparaissent, jusqu'à *Farinacius* qui, suivant l'appréciation, d'ailleurs trop sévère, d'un auteur moderne (3), « a conduit la science au tombeau ».

D'ailleurs, les changements qui se sont produits dans la situation politique ont accru la complexité des problèmes et la difficulté des solutions. La liberté municipale et l'indépendance réciproque — toutes deux mal définies — des cités italiennes ont sombré dans l'anarchie qui a succédé à la ruine du pouvoir impérial. L'âpreté de ces luttes explique la barbarie qui sera le trait dominant du droit pénal des XV[e] et XVI[e] siècle (4). Les grands, réunissant sous

(1) Cf. du Boys, *Histoire du droit criminel en France du XVI[e] au XIX[e] siècle, comparé avec celui de l'Italie.*

(2) Savigny, *Histoire du droit romain au Moyen âge*, trad. Guenoux, t. IV, p. 198 et suiv.

(3) Kohler. *Beiträge zum internationalen Strafrecht. Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, 1895, p. 232.

(4) Motifs d'un jugement rendu à Carpi en 1446 : « Ad refrenandos hujuscemodi insanos homines, ut pœnæ metu perterriti ad meliores mores eorum vitam actionesque convertant... ». Kohler, *Studien aus dem Strafrecht. Das Strafrecht der italienischen Statuten*, p. 16. — Le statut de *Bellinzona* de 1393 contient la description suivante du supplice du feu infligé au cas de faux grave : « Igne comburatur modo infrascripto, vide quod cum catena ferrea alligetur

leur autorité les villes voisines, ont constitué les Républiques aristocratiques de Toscane, de Lombardie, de Vénétie, tandis que s'établissait, sur l'Italie méridionale, la domination de Charles et Robert d'Anjou.

Ainsi, les conflits de compétence pénale ne s'élèvent plus, comme précédemment, entre des cités autonomes, et d'un territoire très restreint. Les questions se posent, d'une part, entre les tribunaux d'États complètement indépendants les uns des autres — et d'autre part, à l'intérieur de chaque État, entre des juges, soumis à un même souverain. Il s'établit — sur le terrain de la compétence judiciaire — une véritable dualité des problèmes. Elle laisse bien subsister l'unité de la doctrine italienne qui s'inspirera, en toute matière, des solutions dégagées par les postglossateurs. Le développement historique a eu cet effet — heureux, à notre sens, pour le progrès du droit pénal international — de mettre en lumière le fait que la répartition des compétences doit avoir lieu suivant des principes rationnels toujours les mêmes, que les juges en conflit soient, ou non, séparés par une frontière. Mais il serait exagéré de dire que la différence des pouvoirs politiques n'a modifié, en rien, les solutions. On verra, notamment, que la *remissio*, qui est d'un usage courant entre juges soumis au même souverain, est aussi rare dans les rapports entre les nouveaux États qu'elle l'était précédemment entre les cités indépendantes. Or la *remissio* joue un rôle capital dans l'attribution des compétences.

Telle est la matière, singulièrement complexe et variée, sur laquelle les successeurs de Bartole ont exercé la subtilité de leur esprit et leur amour de la dialectique. Ils n'ont pas bénéficié, au même degré que leurs prédécesseurs, du contact avec les nécessités de la pratique. Déchus du rang élevé qu'ils occupaient dans les républiques lombardes, les juristes n'ont plus d'autorité que comme écrivains, professeurs ou consultants. L'importance grandissante des Universités explique aussi, sans doute, leur vocation exclusive à l'enseignement. L'École de Bologne a perdu sa prééminence. Les Universités de Pise, de Perugia — qui ont possédé Bartole — de Padoue et de Pavie occupent le premier rang.

ad unam columnam fixam in terra, quae catena aptatur ad columnam cum uno annulo ferreo revolvente se, et cum quo ipse homo revolvere possit se circumcirca ipsam columnam longinquam eatenus quatenus plus fieri poterit, ut mortem dolentiorem sustineat » (Kohler. *Studien aus dem Strafrecht. Das Recht der italienischen Statuten*, p. 132; Heusler, *Tessiner Rechtsquellen. Zeitschrift für schweizerisches Recht*, XXXIII, p. 245).

Quelques notes biographiques sur les principaux d'entre eux : *Balde* (*Baldus de Ubbaldis*) né en 1327, promu au titre de docteur par Bartole en 1344, mort en 1400. Il professa successivement dans 6 Universités, mais surtout à Pérouse, comme son maître. Il a traité la question des conflits de statuts en matière pénale dans son ouvrage : *Baldi Ubbaldi Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis librum* (1). — *Salicet* (*Bartholomæus a Saliceto*) professeur à Bologne en 1363; mort en 1412. Il reconnaît comme Balde la grande autorité de Bartole, mais sans s'assujettir à ses opinions. Il se distingue d'ailleurs par l'originalité de son esprit. Un auteur du XVI[e] siècle (2) dit de lui : « Et adeo subtili ingenio fuisse videmus ut ejusdem opiniones fere sunt semper contra omnes ». Auteur d'un commentaire du Code (3). — *Paul de Castre*, disciple de Balde, professa à Sienne, en 1390, à Avignon de 1394 à 1412, à Padoue en 1429, mourut en 1441. Il a écrit des leçons sur les 3 parties du Digeste, des leçons sur le Code, des *Consilia* (4). M. Lainé (5) estime que cet auteur marque l'arrêt du développement de la doctrine italienne, en Italie. — *Abbas Siculus* ou *Panormitanus*, l'un des canonistes les plus importants du Moyen Age, auteur de commentaires sur les *Décrétales*, le *Sexte*, les *Clémentines*, et de divers traités; archevêque de Palerme; mort en 1453. — *Angelus Aretinus*, mort en 1451, auteur d'un *Tractatus de Maleficiis* (6). — *Marianus*, mort en 1467. — *Alexander Tartagnus* (ou *de Tartagnis*) 1423-1477. Auteur de consultations (*Consilia*) (7). Quelques-unes, ayant pour objet des difficultés relatives au conflit des lois, ont été annotées par Dumoulin (8). L'influence de Bartole est prépondérante. Mais les exagérations de la méthode scholastique se manifestent. — *Corneus*, mort en 1492. — *Rochus Curtius*, professeur à Pavie, mort en 1495. Auteur d'un *Tractatus utrius juris* (9). C'est une compila-

(1) *Baldi Ubbaldi Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis librum, de summa trinitate l. I.* Venitiis, 1586. Texte reproduit par Meili, *Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internationale Privat und Strafrecht* (Leipzig, 1894). — V. aussi les *Baldi Consilia*, lib. I, éd. Venet, 1575, n. 154 et suiv., 393 et lib. V, n. 124. — Sur la vie et sur l'œuvre de Balde, v. : *L'opera di Baldo*. Per cura dell' Universita di Perugia nel V centenario della morte del grande giureconsulto (1901). — Endemann, *Studien in rœm. canon. Wirthschafts und Rechtslehre*, 1874-83 (I. 27, 123). — Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, t. I, 1904, p. 217.

(2) *Tractatus universi juris duce et auspice Gregorio XIII Pontifice maximo in unum congesti* (Venetiis, 1584).

(3) *Pars prima in primum et secundum Codicis libros; l. cunctos populos*, n. 4 et suiv., édit. Venetiis, 1574.

(4) V. surtout : *Consiliorum Pauli Castrensis* : Pars prima cons. 119, n. 4; cons. 311, n. 2. Pars secunda, cons. 32, n. 1 et 2; 349, n. 1; 424, n. 1; Pars tertia cons. 13, n. 24 (édition *Augustæ Taurinorum*, 1580).

(5) Lainé, *Introduction au dr. intern. privé*, t. I, p. 188.

(6) *Angeli Aretini de Maleficiis tractatus*. Venetiis, 1584, p. 95.

(7) *Imolensis jurisconsulti Alexandri Tartagni consilia* : liber I Consilium CXI, p. 115, dans l'édit. de Francfort, 1575.

(8) *Caroli Molinæi ad Consilia Alexandri Tartagni notæ solemnes*, dans *Caroli Molinæi Opera* III, p. 879 et suiv., édit. de Paris, 1681.

(9) *Rochi Curtii enarrationes* : Extrait du *Tractatus illustrium in utraque*

tion des règles admises, composée en vue des besoins de la pratique. — *Sandeus Felinus*, mort en 1503. — *Jason del Maino* 1437-1519 : Auteur d'un commentaire du Code (1). Ce fut un vulgarisateur remarquable. Alciat lui reconnaît le mérite « d'avoir mis à la portée de tous les opinions des auteurs, et d'avoir assuré aux jurisconsultes une position indépendante, en élevant le prix des consultations de 5 à 100 ducats, le traitement des professeurs de 300 ducats à 1.000 (2) ». — *Augustinus Fatius Patavinus*, mort jeune en 1520. — *Hippolytus de Marsiliis*, mort en 1529, auteur d'une Pratique des causes criminelles, et de Commentaires (3). — Philippe *Decius* 1454-1536. — *Boërius* (Nicolas Boyer) né à Montpellier en 1469, président au Parlement de Bordeaux, auteur de *Consilia seu responsa juris*, mort en 1538. — *Bossius*, mort en 1546, auteur de *Tractatus varii* (4). — Julius *Clarus*, juge à Milan, mort en 1575, auteur de « Sentences » (5). Remarquable par la vigueur et la simplicité relative de son argumentation. — *Covarruvias* (1512 — 1574) qui fut « le Balde espagnol » enseigna le droit canon à Salamanque, et mourut évêque de Ségovie (6). — *Tiberius Decianus*, mort en 1581 (7). — *Prosper Farinacius*, avocat à Rome, mort en 1613, auteur d'une Pratique criminelle (8). Cet auteur a poussé l'abus des divisions stériles, des distinctions et des sous-distinctions, à un degré ignoré avant lui. — Andreas *Fachinæus*, mort en 1620 (9). — *Menochius*, mort en 1667 (10) qu'on appela le Bartole et le Balde de son siècle.

On se contentera de signaler les variantes que ces auteurs ont apportées aux solutions de Bartole et des auteurs antérieurs —

tum pontificii tum cæsarei juris facultate jurisconsultorum de statutis, de consuetudinibus et privilegiis tomus secundus. Venetiis, 1584, p. 345.

(1) *Jasonis Mayni Mediolanensis in primam Codicis partem commentaria*, éd. *Augustæ Taurinorum*, 1592, l. *Cunctos populos. De summa Trinitate*. p. 4 et suiv.

(2) Brissaud, *Cours d'histoire générale*, p. 217.

(3) *Practica causarum criminalium* (Lyon, 1528). *Commentaria*, éd. 1542, *lex fin.* Dig. *de jurisd. omn. jud.*, n. 3 à 212.

(4) *Tractatus varii*, édit. de Venise, 1570, *Tit. de foro competenti*, p. 41 et suiv.

(5) *Sententiarum receptarum opera omnia : liber quintus*, édit. de 1596, lib. V, paragraphe finalis, *quo tota criminalium processuum practica diligenter explicatur*, spécialement *quæstiones*, 38 et 39. Nous citerons aussi le recueil : *Julii Clari Alexandrini jurisconsulti Opera omnia sive practica civilis atque criminalis*. Lyon, 1672. *Julii Clari Sententiarum liber quintus de maleficiis*.

(6) *Didaci Covarruvias*, episcopi Segabiensis, *tomus secundus* (Lugduni. 1661). *Practicarum quæstionum*, cap. XI, p. 416 et suiv.

(7) *Tract. crim.*, IV, c. 19. *De remissionibus reorum ad suos judices*.

(8) *Praxis et theoricæ criminalis libri duo in quinque titulos distributi*, lib. I, tit. I, quæstio 7, édit. de Francfort, 1622.

(9) *Controversiar. juris*, lib. IX, c. 20-24.

(10) *De præsumptionibus, conjecturis signis et indiciis commentaria*, édit. 1628. Cf. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*. Paris, 1881, p. 285 et suiv.

solutions qui sont l'objet, dans leurs écrits, d'un exposé souvent très long, pas toujours exact. — On se conformera à l'ordre habituel en étudiant : les délits perpétrés sur le territoire — ceux qui sont commis par des domiciliés à l'étranger — ceux qui sont commis par des étrangers à l'étranger.

§ 1. — Délits commis par des étrangers sur le territoire.

Les délits commis sur le territoire restent soumis à la compétence du *judex loci* [1], à l'application de la loi territoriale. A l'égard des étrangers, on distingue toujours suivant que le fait était prévu ou non par le *jus commune*. « Je distingue, dit Salicet [2], en premier lieu, suivant que la loi ignorée de l'étranger était de droit naturel ou seulement de droit positif. Au premier cas, je suis avec Bartole. Au second cas, je distingue encore : ou bien l'auteur du fait appartient à l'une de ces villes environnantes où ladite loi est en vigueur, et de nouveau je le déclare passible de la peine locale, parce qu'il a dû penser que le droit de sa patrie sur ce point s'observait également dans les cités voisines; ou bien il était d'un pays éloigné, où l'on ne pratiquait rien de semblable, et alors je ne le crois pas punissable » [3]. — Bartole avait imaginé une distinction analogue : mais Salicet introduit une légère innovation. Bartole assimilait au délit du droit commun (*jus commune*) celui qui est prévu par les statuts de toutes les villes de Lombardie [4]. Salicet se place au point de vue personnel du délinquant et se montre moins exigeant : il suffit, pour que la répression puisse avoir lieu, que le

(1) Les raisons en sont données avec pénetration par Covarruvias (*Pract. quæst.*, c. 11, n. 3 et suiv.). « Illud receptum est quod ratione criminis commissi quis forum sortitur et habet in eo loco, ubi delictum commiserit : ... primum enim maxime congruit reipublicæ, scelera eo in loco publice puniri, in quo fuerint perpetrata, *propter exemplum*... Alia ratio, quod *respublica* illa, in cujus territorio delictum est perpetratum absque dubio *speciali injuria afficitur*... Tertia his adnectitur ratio ex eo quod *punitio scelerum* admodum necessaria reipublicæ *facilior sit*, ac commodius de criminis auctore discutitur, si ea causa in loco delicti commissi examinetur.... ». — Covarruvias ajoute enfin que ceux qui seraient tenus de poursuivre les délinquants au lieu de leur domicile « omitterent profecto publicam citam vel privatam accusationem quam prosecuturi sunt multis expensis in eo loco ubi qui injuriam intulerunt amicos et cognitos habent ».

(2) *Salicet. Pars prima in primum et secundum Codicis libros*, f. 5. *De summa trinitate et fide catholica*, n. 7.

(3) Cf. Lainé, *Introduction à l'etude du droit international privé*, t. 1, p. 182.

(4) V. plus haut, p. 138.

fait soit prévu dans la ville d'où le coupable est originaire. Pour Bartole et pour Salicet, la raison de décider est d'ailleurs la même. L'inculpé a dû s'attendre à la poursuite dont il est l'objet.

Mais il importe peu qu'il n'ait pas prévu exactement le taux de la peine. En commettant un délit sur le territoire, il s'est soumis implicitement à l'application de la loi locale, même s'il n'en connaissait pas toute la rigueur. C'est une présomption de volonté, sur laquelle Balde et Rochus Curtius mettent l'accent, plus que n'avait fait Bartole (1). Hippolytus de Marsiliis de même (2). Jason del Maino critique cette présomption, qui lui paraît contraire au principe qu'en matière pénale, au cas de doute, la solution la plus douce doit être préférée (3). Mais la solution de Bartole et de Balde devient la « communis opinio ». Alexander Tartagnus (cité par Jason del Maino), Rochus Curtius (4), Bossius (5) et Julius Clarus (6) se sont prononcés en sa faveur.

Les statuts continuent d'ailleurs à reconnaître au juge un pouvoir étendu d'appréciation. Ainsi, le statut de Bologne 1525 : *Multa judici consideranda occurrunt tam inspecta conditione personæ, ætatis, quam substractarum rerum qualitate et quantitate et etiam assiduitate furandi, et etiam considerato loco et tempore, quæ omnia et singula esset difficile immo impossibile seriatim et distincte exprimere* (7).

(1) « Licet errent in genere pœnæ et credant levius esse delictum, quod fit, non propterea excusantur in aliquo, in C. I. 14. *de legibus*, 9. Eo enim ipso quod delinquunt impliciter in pœnam consentiunt ut dicam. C. II. 3, *de in jus vocando*, 2 » (Balde, *In primum secundum et tertium Cod. lib. Comm. Venetiis*, 1586, p. 5-9).

(2) « Validum est argumentum de contractibus ad delicta » (*Hippolytus de Marsiliis, Commentaria, Repetitio, D. de jurisd. omn. jud.*, n. 81).

(3) « Attento quod dum deliquit tacito consensu obligetur..., jure ergo debet puniri secundum jus commune, non autem secundum statutum quod probabiliter ignorabat. Et pondera quod in judicando debet in pœnalibus mitior pars teneri » (*Jasonis Mayni Mediolanensis in primam Codicis partem Commentaria. Augustæ Taurinorum* 1592. L. *Cunctos populos, de Summa Trinitate*, n. 30).

(4) *Tractatus illustrium in utraque tum pontificii tum cæsarei juris facultate jurisconsultorum de statutis et consuetudinibus et privilegiis tomus secundus. Venetiis*, 1584, t. II, p. 345 et suiv., n. 5.

(5) *Bossius, Tractatus varii qui omnem fere criminalem materiam excellenti doctrina complectuntur. Venetiis*, 1570. *Tit. de foro competenti*, n. 16.

(6) « ... Hæc est communis et vera conclusio quod etiam forenses et alii probabiliter ignorantes pœnas a statuto loci ultra jus commune impositas nihilominus subjiciuntur pœnis statuti loci in quo delinquunt... et committunt crimen a jure communi prohibitum ». *Julii Clari Sententiarum receptarum liber quintus de maleficiis* (édit. 1596)... § fin., quæstio 85, p. 804 et suiv.

(7) Kohler, *Studien aus dem Strafrecht, Das Strafrecht der italienischen Statuten*, p. 271.

Si les conditions précédentes ne sont pas remplies — le délit n'étant pas prévu par le droit commun, le délinquant n'étant pas originaire d'une ville où la même disposition serait en vigueur — le principe est que l'application du *statutum loci* à l'étranger coupable se trouve exclue. Ce dernier est réputé avoir ignoré la loi. La raison d'équité qui avait déterminé Bartole dicte la même décision à Balde et aux auteurs suivants. Au reste, Balde étend le bénéfice de l'excuse d'ignorance au citoyen qui est demeuré longtemps absent de la cité (1) ; Jason en fait profiter le nouveau citoyen qui peut ne pas très bien connaître encore les règlements locaux (2). Hippolytus de Marsiliis se prononce dans le même sens (3).

Pour le *civis novellus*, comme pour l'étranger, l'ignorance, dit Jason, est réputée *crassa et supina*, elle cesse de fournir une excuse, lorsqu'il y a eu séjour antérieur et prolongé dans la cité, ou quand la prohibition avait un caractère général, était commune à toutes les cités d'Italie (4). Sur ce second point, Jason ne fait que rappeler une solution bien connue de Bartole. Sur le premier, il existe une simple présomption de fait, qui souffre la preuve contraire. Clarus insiste sur le pouvoir d'appréciation qui doit être reconnu au juge en ce qui touche la bonne foi de l'étranger. Il estime qu'au cas de doute le juge doit se servir de son pouvoir dans le sens de l'indulgence (5). Farinacius adhère simplement à la théorie de Bartole (6).

(1) « ... Et ideo forenses, et etiam cives, qui diu afuerunt, excusantur, ut D. 27, 2, *de excusationibus*, l. 27 » (Cf. Meili, *Die theoretischen Abhandlungen...*, n. 95).

(2) « Circa secundum membrum adde quod illud quod tenet in forensi, ut nisi fuerit conversatus diutius in loco præsumatur ignorare statuta loci, habet locum in cive novo » (*Jaso, loc. cit.*, n. 30).

(3) « Jura loquentia in forense habent locum in cive novello » (*Hippolytus de Marsiliis, loc. cit.*, n. 84).

(4) « Præsumitur autem scivisse forensis... primo si diu fuit conversatus in illo loco... Item præsumitur scivisse, quum illud regulariter est prohibitum » (*Jaso, loc. cit.*, p. 11, n. 67).

(5) « Et ita ego in hoc ducatu sæpissime vidi excusari forenses qui moram non traxerant in dominio a pœna imposita contra deferentes archibusios rotatos et hujusmodi : et consulerem (ubi aliquo modo posset ignorantia dici probabilis) ut judices semper in mitiorem partem inclinent » (*Julii Clari Sententiarum...*, lib. V, § fin. quæstio 85).

(6) « Secus si faciat aliquid quod a jure communi prohibitum non est, sed tantum a statuto, quia tunc forensis non comprehenditur sub illo statuto, nisi fuisset sciens vel in supina ignorantia, secundum aliam communem Doctorum opinionem et declarationem, quam principaliter posuit Bartolus in lib. *Cunc-*

§ 2. — **Délits commis par des domiciliés à l'étranger.**

La plupart des auteurs, en se demandant si le *judex domicilii* peut se saisir, *per inquisitionem*, des délits commis par des citoyens à l'étranger (1), s'il peut juger les délinquants suivant sa loi propre (2) — admettent implicitement que la question de compétence a été résolue par l'affirmative. La *communis opinio* est donc que le juge de la cité est qualifié pour connaître des infractions imputées à des domiciliés, quel que soit le lieu de commission. Elle s'appuie toujours sur l'interprétation traditionnelle du texte fondamental C. III, 15, 2 (3). Clarus dit formellement que le juge sera saisi, même si l'inculpé n'a pas pu être arrêté sur le territoire, même s'il doit être jugé par défaut (4).

Mais la compétence du *judex domicilii* n'a qu'un caractère subsidiaire.

Il en résulte d'abord qu'il ne peut être saisi, si, sur la même affaire, un jugement a été rendu par le *judex loci delicti*. Farinacius attribue, sur ce point à Balde, une opinion différente. Cet auteur aurait prétendu que l'effet négatif de la chose jugée ne pouvait se produire que dans les rapports entre juges dépendant d'un même souverain. Il aurait ajouté que la pratique était conforme à son opinion (5). — Mais la *communis opinio* est certainement en

tos populos, n. 21 (*Farinacius, Praxis et theoricæ criminalis libri duo...*, édit. de 1597, lib. I, tit. III, quæstio XXIV).

(1) *Alexander Tartagnus. Consilia*. liber I. Consilium cxi, p. 115.

(2) *Angeli Aretini de Maleficiis tractatus*. Venetiis, 1584, p. 95; *Rochus Curtius, Tractatus*... Venetiis, 1584. t. II, p. 378.

(3) « Sortitur etiam quis forum in delictis ratione domicilii ; possunt enim delinquentes puniri a judice loci in quo reperiuntur habere domicilium tempore commissi delicti, quæ opinio communiter approbatur » (*Julii Clari Sententiarum*, lib. V, § fin. quæstio 39, p. 517).

(4) « Ista est communis conclusio omnium doctorum nomine discrepante, et hoc non solum si delinquens reperiatur in loco domicilii, sed etiam si sit absens, adhuc enim poterit judex loci domicilii illum citare, et, si sit contumax condemnare » (*Julius Clarus, loc. cit.*).

(5) « Quod si territoria et juridictiones sunt penitus separatæ et distinctæ et sub diversis Prœsidibus provinciarum : tunc si delictum commissum in uno loco potest puniri a duobus judicibus in solidum, condemnatio facta ab uno judice et exactio pœnæ non tollit accusationem neque punitionem coram alio, secundum unam opinionem quam tenet Baldus, qui ita de consuetudine observari testatur » (*Farinacius, Praxis et theoricæ*, lib. I, titul. I, quæstio vII, § 26). Paul de Castre aurait soutenu également, d'après Henricus de Cocceji *Exercitationes*, tit. IV, n. 9) qu'un Florentin déjà jugé à Bologne pour un délit commis

sens contraire (1). Elle ne distingue pas suivant que le jugement prononcé en premier lieu était une condamnation ou un acquittement. Elle déclare que, dans tous les cas, l'affaire jugée par le *judex loci* ne peut être reprise devant le *judex domicilii* (2). Mais elle met à part la grâce, acte du pouvoir exécutif, et non du pouvoir judiciaire, dont les effets ne dépassent pas les limites territoriales de la souveraineté (3).

Du même principe il résulte, en second lieu, que le *judex domicilii* s'abstiendra de juger, si la *remissio* lui est demandée par le *judex loci delicti*, dont la compétence est préférable. La *remissio* est alors obligatoire. Salicet (4), Bossius (5), Clarus (6), Covarruvias (7) attestent que telle est la *communis opinio*. Clarus signale

dans cette ville, pouvait être repris pour le même fait, à son retour dans sa ville natale. Paul de Castre supposait du moins que ce Florentin « *fugitivus* » s'était soustrait à l'exécution de la première sentence.

(1) « Sed tertia et verior est opinio quod indistincte etiam quod si sumus in diversis jurisdictionibus et territoriis, condemnatus vel absolutus in uno loco sive domicilii sive originis, sive delicti, non possit ullo pacto molestari in alio fraude et collusione cessante » (*Farinacius, loc. cit.*).

(2) « Et nota semper quod quemadmodum condemnatio in loco delicti parit exceptionem rei judicatæ in loco originis, si fuit executa ante secundam sententiam, ut dixi, ita absolutoria lata in loco delicti parit exceptionem in loco domicilii » (*Bossius, tractatus varii, tit. de foro competenti*, n. 100).

(3) « Sed an absolutus, condemnatus seu aggratiatus in loco delicti possit iterum inquiri et molestari in loco originis, domicilii vel contra? ... quod aut loquimur in gratia, aut in absolutione, seu condemnatione? Si in gratia : et tunc facias conclusionem quod si locus delicti, domicilii et originis est subjectus eidem Principi, tunc gratia facta prodest delinquenti ubique locorum, etiam quod sit ubique condemnatus; secus si essent diversi Dominii et Principis, quia tunc gratia facta per Principem loci delicti non suffragatur in loco domicilii seu originis, et multo minus contra, secundum Bossium et Clarum... » (*Farinacius, loc. cit.*, § 26).

(4) *Salicet, Pars prima in primum et secundum Codicis libros* super 3 Codicis, *Ubi de criminibus agi oporteat*, p. 24.

(5) « Tamen hæc est conclusio quod potest judex loci delicti requirere judicem domicilii vel originis ut capiat eum ad hoc ut eum sibi remittat... ita Bartolus... et cogitur judex cui scribitur hoc facere, et ubi nolit superior cogit, ita Doctores communiter... » (*Bossius, loc. cit.*, n. 48).

(6) « Est autem tantæ potentiæ locus delicti commissi ut de jure communi teneantur alii judices, puta originis vel domicilii ipsum delinquentem remittere ad judicem loci delicti si fuerint ab eo requisiti ; et hoc ad effectum ut ibi contra eum procedatur et puniatur, et hæc est communis opinio... (Clarus, *Opera omnia*, éd. Lyon, 1672, quæstio 38, p. 522). — « Et quod judex domicilii, si nondum cœpit cognoscere, omnino teneatur remittere, si remissio petatur, dicit esse communem Marianus » (*Clarus, loc. cit.*).

(7) « Non tenetur judex remittere reum alicujus criminis ad judicem loci in quo deliquerit, nisi ab eo fuerit remissio petita : poterit tamen judex, si voluerit

toutefois une pratique différente dans le Royaume de France où le juge du domicile serait regardé, en matière pénale ainsi qu'en matière civile, comme le juge naturel (1). Il convient d'ajouter que, dans les rapports entre les États italiens, souvent séparés par des haines féroces, la *remissio*, en fait, n'avait pas lieu. Telle était la coutume, avant Bartole et de son temps. Sa persistance est affirmée par Balde, Salicet (2), Angelus Aretinus, Augustinus, Clarus (3), Farinacius, etc. (4). Clarus ajoute cependant que le duché de Milan, suivant une pratique qu'il désapprouve, accordait quelquefois la *remissio* aux États voisins, par pure courtoisie, et seulement pour les infractions les plus graves (5).

Il reste à préciser ce qu'on doit entendre par « juge du domicile ». La simple résidence dans une ville ne constitue pas le *domicilium* attributif de compétence. Au *domicilium accidentale* les auteurs opposent le *domicilium originis* qui ne se perd pas par un simple déplacement. Le juge du domicile est donc, en principe, pour eux, celui du *domicilium originis* qui, suivant la juste observation de Jason, présente l'avantage de la fixité (6). Par « statut du domicile » on entendra également le statut du domicilium originis (7).

ex urbanitate remittere reum ad judicem illius loci, ubi deliquit » (*Covarruvias, Pract. quæst.*, n. 5).

(1) « Dicit etiam Pract. Millei fol. 37, n. 64 et 69 et fol. 63, n. 2 quod de consuetudine Regni Franciæ non fit remissio ad judicem loci delicti, sed ad judicem ordinarium delinquentis, respectu originis vel domicilii » (*Clarus, Opera omnia* (éd. Lyon, 1672), qu. 38, p. 523).

(2) « Dixit tamen *Odofredus* quod istæ remissiones fiebant quia sub uno principe præsides erant, sed multiplicati et distincti sunt principatus, ideo non fiunt istæ remissiones « (*Salicet, op. cit.*, super 3 Codicis. *Ubi de criminibus agi oporteat*, p. 24).

(3) « Et si ipsi judices procedentes sunt sub diversis præsidibus provinciæ, non est locus præventioni, neque remissioni » (*Clarus, loc. cit.*).

(4) V. encore *Decianus*, *Tract. crim.*, IV, c. 10 et 11 : « Hodie consuetudo obtinuit quod non fiant remissiones, quia dissolutum est imperium romanum et civitates non recognoscunt eundem superiorem. Existit consuetudo de non remittendo in Italia » (Cf. Von Martitz. *Auslieferung und Rechtshilfe in Strafsachen*, t. I, p. 154).

(5) « Bene verum est quod de facto quandoque vidi (non obstante tali consuetudine) fieri remissiones delinquentium captorum in hoc Ducatu principibus finitimis in delictis atrocibus et e converso, quod tamen ego nunquam laudavi quia credo quod stante consuetudine ipsi debeant esse securi. Tamen ad punitionem malefactorum Deus aliquando ita fieri permittit » (*Clarus*, *Opera omnia...*, *loc. cit.*, qu. 38, p. 523 et suiv.).

(6) « Quando concurrunt in una persona domicilium originis et domicilium habitationis, attenditur domicilium originis... Et facit ratio quia magis debet attendi causa naturalis quam accidentalis » (*Jason*, *Commentaria* L. *Cunctos populos. De summa trinitate*, p. 10, n. 61).

(7) « Nos habemus regulam quod quando quis habet duo domicilia, unum ori-

Cependant, quand l'établissement à l'étranger s'est prolongé un certain temps — une dizaine d'années — il est, lui aussi, susceptible d'effets de droit, et devient notamment attributif de compétence (1). Clarus, à la différence, semble-t-il, de la majorité des auteurs, ne se contente pas d'une résidence prolongée; il veut que l'individu ait transporté au lieu de son nouvel établissement sa famille et la majeure partie de sa fortune (2) : en fait, cette seconde condition sera presque toujours réalisée en même temps que la première. D'après le même auteur, la constitution d'un nouveau domicile reconnu n'empêche nullement que le *domicilium originis* subsiste, et continue à produire des effets de droit (3). D'après Clarus et Farinacius, l'inculpé peut alors être assigné soit au lieu de son origine, soit au lieu de son établissement actuel.

Dans les limites de sa compétence, ainsi définie, le *judex domicilii* attendra-t-il qu'un sentiment de vengeance ou le désir d'obtenir satisfaction ait déterminé la victime à porter plainte? Pourra-t-il se saisir lui-même, dans l'intérêt général (4)?

La première opinion, la plus timide, trouve encore un partisan en la personne d'Hippolytus de Marsiliis (5).

Tous les autres auteurs, obéissant à l'impulsion donnée par

ginis et aliud domicilium quod postea ex accidenti habuit, et in uno domicilio statutum contrariatur alteri, vel est diversum, ista est regula quod semper debet attendi statutum originalis domicilii, non accidentalis » (*Jason, loc. cit.*, n. 61). — « Quando statuta domicilii et originis contrariantur invicem, debet attendi statutum originis » (*Hyppolytus de Marsiliis. Commentaria. Repetitio* l. *fin. De juridictione omnium judicum*, n. 64).

(1) « Nec ex sola habitatione ut aliqui vulgares dicunt quis præsumitur habere domicilium, nisi cum diuturnitate decem annorum, ut per Doctores ubi supra (*Bossius, loc. cit.*, n. 26).

(2) « Forte si ultra assiduam conversationem concurreret quod haberet familiam et majorem partem fortunarum, posset puniri : nam eo casu videretur in eo loco constituisse domicilium » (*Clarus. Sententiarum receptarum*, lib. V, § fin. qu. 39, p. 529).

(3) « Statim igitur commisso delicto omnes tres judices, scilicet delicti, originis et domicilii possunt contra delinquentem procedere » (Clarus, *loc. cit.*).

(4) « Scire debes quod in quolibet delicto privato vel publico oritur duplex actio, sive duplex modus agendi sive vindicandi, unus qui parti læsæ competit pro suo interesse reficiendo, et ad pœnam applicandam sibi, alius qui competit reipublicæ, propter vindictam publicam de crimine publico » (*Angelus Aretinus Tractatus de Maleficiis*, p. 166. *Vestem cælestem foderatam*, n. 6).

(5) « Contra subditum delinquentem extra territorium non potest judex loci domicilii per viam inquisitionis procedere; licet statutum domicilii dicet quod de omni delicto posset inquiri : quod debet intelligi de delicto commisso intra territorium » (*Hippolytus de Marsiliis, loc. cit.*, n. 135). Cf. Kohler, *Beiträge... Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, 1895, p. 232 et suiv. Dans le même sens *Bonifacius de Vitalinis, tit. de inquisit.*, n. 54 et *Decianus* IV, 16. Cf. Kohler, *Internationales Strafrecht*, p. 27.

Cinus (1), subie par Jacobus de Bellovisu, par Johannes d'Andreas (2), et enfin par Bartole (3), reconnaissent au *judex domicilii* la faculté de se saisir *per inquisitionem*. — Ainsi en est-il, notamment, de Balde (4), Salicet (5), Alexander Tartagnus (6), Bossius (7), Clarus (8), Farinacius (9).

Ce dernier auteur observe que la solution dominante répond assez bien à la tendance ordinaire des tribunaux, qui est d'élargir leur compétence (10). Bossius remarque, non sans malignité, que la rapacité des juges y trouve aussi son compte (11).

Se plaçant à un point de vue plus élevé, Bossius rappelle que la faculté reconnue au juge de se saisir lui-même est le meilleur moyen de rendre la répression certaine (12).

Enfin, Clarus reprenant, en des termes lapidaires, la pensée de Bartole, montre que l'intérêt de l'État, dans la répression, ne s'arrête pas aux limites du territoire (13). Fachinaeus reproduit cet argument (14) ainsi que Covarruvias (15).

(1) V. plus haut, p. 122.

(2) C'est à tort, croyons-nous, que Balde (Meili, *Abhandlungen*, n. 98) prête à Johannes d'Andreas une opinion exactement opposée.

(3) V. plus haut, p. 142.

(4) *Balde* (Meili, *loc. cit.*, n. 98).

(5) *Salicet, op. cit.*, fr. 5. *De summa trinitate et fide catholica*, 8.

(6) *Alexander Tartagnus*, *op. cit.*, *Consilium*, CXI, p. 115.

(7) *Bossius*, *op. cit.*, *Titulo de foro competenti*, n. 182.

(8) *Clarus*, *Sententiarum*, lib. V, § fin. Quæstio 39, p. 517 et suiv.

(9) *Farinacius*, *op. cit.*, lib. I, tit. I, Quæstio VII, § 21, *in fine*.

(10) « Etiam sæpius servatum de facto vidi, quia unusquisque semper suam conatur tueri juridictionem » (*Farinacius*, *loc. cit.*).

(11) « Inquisitio an formari possit per judicem originis vel domicilii pro delicto extra territorium suum commisso... Vide Hippolytum qui tenet non posse, communis est in contrarium... et quidquid sit usus approbavit quod possit, tum ex aviditate judicum qui ad lucrum properant, tum etiam ne delicta remaneant impunita (*Bossius*, *op. cit.*, *Titulo de foro competenti*, n. 182).

(12) *Bossius*, *loc. cit.*

(13) « Cum hanc opinionem affirmativam generalis consuetudo videtur approbasse, ab ea non recedas in practica, præsertim in hoc Ducatu, in quo sine controversia ita semper fuit judicatum et servatum. Licet enim ex delicto patrato in alieno territorio non videatur principaliter offensus locus originis vel domicilii, negari tamen non potest quin publice intersit ut hi qui origine vel habitatione sunt subditi, recte vivant, et ubicumque delinquant, ab ipso etiam præside suo puniantur... Et certe si secus fieret, magna daretur occasio delinquendi. Quilibet enim scelestus ad delinquendum in alienas provincias properaret, si sciret se in loco ubi habitat puniri non posse » (*Clarus*, *loc. cit.*).

(14) « Interest reipublicæ et illius rectoris provinciam suam malis hominibus

(15) **V. cette note page suivante.**

Pour souligner la persistance des procédés de discussion auxquels Bartole, lui-même, n'avait pas renoncé, on citera pour mémoire l'argument que Balde, son élève et son successeur immédiat a cru pouvoir tirer du droit romain. De même, dit-il, que l'esclave changeant de maître porte avec lui la responsabilité de ses délits antérieurs, en sorte que son propriétaire actuel, tenu (civilement) à raison de ces délits, peut être obligé de le livrer (*noxa caput sequitur*) de même l'*obligatio* née de la qualité de citoyen s'attache au délinquant, et le suit, quel que soit le lieu où il promène son activité malfaisante (1).

Dans le silence des statuts, la doctrine admet donc que le juge doit s'attribuer le pouvoir de procéder *per inquisitionem*. De plus il n'est tenu de consulter sur la question aucun autre statut que le sien. La solution consacrée par le *statutum loci*, en particulier, est absolument indifférente. Le point de savoir si l'*inquisitio* est possible n'a rien de commun avec le fond du droit. C'est une difficulté de procédure, dont le règlement dépend du *statutum fori*, en l'espèce du *statutum domicilii*. Balde est le seul auteur, à notre connaissance, qui sépare l'exercice de l'action de la procédure proprement dite : inquisitio non est proprie judicii (2).

Salicet est formel en ce sens que, sur la possibilité de l'*inquisitio*, le *statutum loci* ne saurait être pris en considération (3).

expurgari, ejusque cives et originarios etiam ob scelera alibi commissa puniri, ne obtenta impunitate in majora prolabantur vitia » (*Fachinæus*, *Controversiar. juris*, lib. IX, c. 20). Cf. von Martitz, *Auslieferung und Rechtshilfe in Strafsachen*, p. 152.

(15) « ... Inter est reipublicæ et illius rectoris eam provinciam malis hominibus expurgari, ejusque cives et originarios etiam ob scelera alibi commissa puniri ne obtenta impunitate in majora prolabantur vitia neve aliorum concivium bene institutos animos corrumpant : et ideo expedit vel in exilium mitti vel alia pœna hosce delinquentes affici » (*Covarruvias*, *Pract. quæst.*, c. 11, n. 6).

(1) « Finaliter credo quod opinio tutior sit, quod possit inquirere : quia obligatio sequitur delinquentem : nam noxa caput sequitur : merito potest per proprium judicem puniri etiam inquirendo : et non attentata qualitate loci, sed qualitate personæ, quæ est affecta propter delictum » (*Balde*, *loc. cit.*, n. 98).

(2) « Hoc tenet Bartolus, quod possit inquiri : tamen pœna debet imponi secundum locum delicti, non secundum locum inquisitionis, secundum Bartolum. Tu considera quod sicut decernere actionem vel accusationem non dicitur ordo judicii, sed dicitur quid substantiale, ut C. III. 8, *de ordine judiciorum*, 2 ; ita decernere inquisitionem seu inquirendi potestatem non est proprie ordo, quia inquisitio non est proprie judicii sed sicut se habet accusatio ad esse condemnationis, sic inquisitio » (*Balde*, Meili, *Abhandlungen*, n. 98).

(3) « ... Ex quo infero quod nedum per accusationem sed per inquisitionem judex possit procedere, si sit de casibus in quibus vel de jure communi vel municipali judici daretur potestas inquirendi, licet in loco delicti non posset

Mais si le statut compétent lui-même, c'est-à-dire le *statutum domicilii*, exclut la possibilité de l'*inquisitio*, ce statut devra-t-il être suivi ? Sa disposition sera-t-elle regardée comme nulle, en tant que contraire au droit commun ? Clarus se prononce nettement pour la première opinion. Il faut avant tout, dit-il, se conformer à l'usage (1).

L'usage des cités italiennes paraît favorable, en général, à la poursuite *per inquisitionem* des infractions commises par des citoyens à l'étranger. Ainsi, d'après le statut de Florence (1415), un Florentin qui, hors de cette ville, a, *in aliqua mundi parte*, fabriqué de la monnaie sans l'agrément de sa cité d'origine, est puni d'une amende de 500 à 2.000 livres. A Bologne (1525), le citoyen peut être puni à raison d'un délit commis au dehors, quand il est poursuivi par la *publica vox et fama*. — Cependant, à *Genua* (1556), le meurtre d'un étranger hors de la ville par un citoyen est puni, mais seulement à la suite d'une plainte (2).

La question du *modus procedendi* ne se confond pas avec celle de savoir quel est le statut dont le *judex domicilii* doit faire application. La confusion a néanmoins été commise par Alexander Tartagnus, à qui Clarus la reproche vivement (3). Souvent, c'est par les mêmes arguments, d'ordre exégétique, que les auteurs veulent établir à la fois la possibilité de l'*inquisitio* et la compétence du *statutum domicilii*.

Ainsi le même texte C. I. 3 *de episcopis et clericis* 10, qui attribue compétence au juge séculier à l'égard des délits commis dans une église, texte déjà cité par Cinus (4), est invoqué, à double fin, par les auteurs (5).

inquiri; et hoc refert Bartolus quod tenuit Cinus in publica disputatione » (Salicet, *op. cit.*, f. 5. *De summa trinitate et fide catholica*, 8).

(1) « ... Bene verum est quod si in aliqua provincia contraria opinio observaretur, crederem illam esse sequendam. Nam in omnibus causis, præsertim vero in criminalibus, nunquam est a communi practica et usu recedendum » (*Clarus, loc. cit.*).

(2) Kohler, *Beiträge... Zeitschrift für internat. Privat und Strafrecht*, 1894, p. 225 et suiv.; *Internationales Strafrecht*, p. 30.

(3) « ... Loquitur Alexander an possit imponi poena statuti loci originis subdito delinquenti extra territorium ab ipso judice loci originis, de qua quæstione ego dixi infra quæst. 85 vers. *Tertius est casus*. Et ideo adverte ne æquivoces : quia multum interest quærere an judex originis possit inquirere, an autem inquirendo seu procedendo possit imponere pœnam statuti » (*Clarus Sententiarum*, *lib.* V, § fin. quæstio 39, p. 517 et suiv.).

(4) V. plus haut, p. 125.

(5) Comparer *Balde*. Meili, *Abhandlungen*, n. 98 (au sujet de l'*inquisitio*) et

Sur la question de compétence législative, les différentes opinions défendues au temps de Bartole trouvent encore des représentants.

Petrus de Ancharnio (1) estime que, seul, le *jus commune* peut être consulté, par le juge du domicile, pour la répression d'un délit commis à l'étranger. C'est la solution la plus ancienne, la plus favorable aussi à l'inculpé (2).

La solution de Cinus, favorable à l'application du *statutum domicilii*, est défendue par Balde. Pour cet auteur, comme on l'a vu, la possibilité d'agir *per inquisitionem* se rattache au fond du droit. Se conformant à la doctrine dominante, c'est néanmoins le *statutum domicilii* que Balde consulte à ce sujet. Le *statutum domicilii* est seul consulté, également, sur la qualification, sur l'application de la peine. Le juge ne connaît qu'un statut, le sien, celui qu'il a juré d'observer (3).

Mais l'*opinio communis* reste fidèle à Bartole. Elle admet bien avec lui que les questions de procédure — et nous savons qu'elle entend par là, notamment, les difficultés relatives à l'exercice de l'action, *per inquisitionem* ou *per accusationem* seulement — sont régies par la loi du juge (4).

Elle reconnaît bien également que si le *statutum domicilii* s'est prononcé en termes formels, s'il a nettement affirmé sa propre compétence à l'égard d'infractions commises au dehors, il devra être suivi (5).

Alexander Tartagnus (*Consilia*, CXI, p. 115 et suiv.) au sujet du *statutum domicilii*.

(1) *Petrus de Ancharnio* ou *Ancharano*, romaniste et canoniste, mort en 1416.

(2) Cette opinion est rapportée par Alexander Tartagnus, *Consilium* CXI, p. 115 et suiv. « Subditus delinquens extra territorium non statuti, sed juris communis pœna punitur ».

(3) « Præterea dicere quod judex qui præcise juravit servare statuta et non imponere aliam pœnam quam statutorum in hoc casu inquirat et aliter puniat, non videtur bene dictum quia in hoc non juravit officium » (*Balde*, Meili, *Abhandlungen*, n. 98). On cite parfois ainsi (Kohler, *Beiträge...*, II, p. 9. *Internationales Strafrecht*, p. 28), un autre passage (*Consilium*, I, 393) où Balde penche vers l'application du droit du lieu du délit « jus loci delicti, quia illa statuta jus commune trahit et extendit ad locum judicii ». L'auteur aurait défendu un moment, sous une forme assez obscure, le système de Bartole.

(4) « In materia autem procedendi servabuntur statuta mutinentia, quia illa porriguntur ad omnem litem quæ ibi agitatur » (*Balde*, Meili, *Abhandlungen*, n. 98).

(5) « Statutum potest ligare subditum quo ad ea quæ geruntur extra territorium : si hoc exprimatur in statuto » (*Hippolytus de Marsiliis*, *Commentaria*, n. 142). — V. encore *Salicet*, *op. cit.*, l. *cunctos populos*, n. 8; *Angelus Are-*

On a cité plus haut, dans ce sens, un statut de *Florence* de 1415 (1). — Il convient d'ajouter le statut de *Monterubbiano* (1574) aux termes duquel le *civis* ou *continuus habitator* du territoire est puni, lorsqu'il commet un délit à l'étranger, de la même manière que si ce délit avait eu lieu sur le territoire : « quo admodum procedendi, sententiandi, puniendi ac exequendi præsumatur delictum prædictum esse commissum in territorio dictæ terræ, et sit præsumptio juris et de jure » (2).

Encore importe-t-il de signaler une divergence. Alexander Tartagnus rapporte que certains auteurs (il cite notamment Johannes Andreas et Abbas [Panormitanus]) contestent la validité de ces statuts qui proclament eux-mêmes leur extension au dehors (3). Il semble partager cette opinion (4). Mais il reconnaît qu'elle n'est pas générale (5).

Si l'on met à part l'hypothèse précédente, *l'opinio communis*, conforme à celle de Bartole, est que, pour les délits prévus par le droit commun, le statut étranger, le *statutum loci*, doit seul être appliqué par le juge du domicile.

Successivement, Salicet (6), Angelus Aretinus (7), Alexander Tartagnus (8), Rochus Curtius (9), Hippolytus de Marsiliis (10) déclarent adopter ce point de vue. Rochus Curtius, en particulier, constate

tinus, *De Maleficiis tractatus*, p. 95. — *Alexander Tartagnus*, *Consilium* CXI, p. 115 et suiv.

(1) V. plus haut, p. 165.

(2) Kohler, *Beiträge... Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, 1894, p. 225 et suiv.; *Internationales Strafrecht*, p. 30.

(3) « Fortius voluit Joannes Andreas... et do. Abbas, quod etiam si statuentes expresse disposuissent pœnam illam imponi subditis suis etiam pro delicto commisso extra territorium, non posset operari statutum effectum suum pro delicto commisso extra territorium » (*Alexander Tartagnus*, *Consilia*, CXI, p. 115 et suiv.).

(4) « Hæc igitur ratio generalis ostendit quod etiam si in statuto contineretur quod subditi inciderent in pœnam statuti, quamvis delinquerent extra territorium, tamen non ligarentur tali pœna ; et hoc saltem in delicto affirmativo commisso extra territorium, prout est casus noster, etiam si esset tale factum, ex quo de jure communi resultaret delictum » (*Alexander Tartagnus, op. cit.*).

(5) « Tamen hoc ultimum non pono pro constanti » (*Alexander Tartagnus*, *loc. cit.*).

(6) *Salicet*, *op. cit.*, l. *cunctos populos*, n. 8.

(7) *Angelus Aretinus*, *De Maleficiis tractatus*, p. 95 (*Delinquente Titio Bononiæ, si conveniatur Florentiæ a judice sui originis, an imponetur pœna statuti Florentiæ, an loci delicti*).

(8) *Alexander*, *Consilium* CXI, p. 115 et suiv. Cf. Lainé, *Introduction*, t. I, p. 191.

(9) *Rochus Curtius*, *Tractatus illustrium*, t. II, n. 20, p. 378.

(10) *Hippolytus de Marsiliis*, *Commentaria*, n. 142.

que la théorie de Bartole, fondée sur l'analogie avec la matière des contrats, a recueilli l'adhésion de la généralité des auteurs (1). Clarus atteste, en outre, qu'elle a pénétré dans la pratique du duché de Milan (2), et il cite plusieurs espèces (arrêts du 19 déc. 1548 et du 15 oct. 1556).

Elle paraît, enfin, avoir exercé son influence sur certaines dispositions des statuts. C'est ainsi que, d'après le statut de *Macerata* (1553) le *civis* vel *habitator* ne peut être puni pour un délit commis à l'étranger que lorsque, au lieu de commission du délit, un droit semblable est en vigueur (3).

Quels sont les effets du jugement prononcé par le *judex domicilii?*

Et d'abord, a-t-il, au dehors, l'autorité *négative* de la chose jugée? Fait-il obstacle à l'exercice d'une nouvelle poursuite, pour le même fait, devant le *judex loci delicti?* Sous la réserve d'une distinction proposée par Balde — mais rejetée par la plupart des auteurs — suivant que les deux juges obéissent ou non au même Souverain, — on a pu voir (4) que la condamnation ou l'acquittement, émanant du *judex loci delicti*, mettent fin définitivement à l'affaire : elle ne peut être reprise, en aucun cas, devant un autre juge. Mais ici, les raisons de se décider dans le même sens sont moindres, puisque le *judex domicilii* qui s'est prononcé le premier n'a qu'une compétence subsidiaire. Il est permis de concevoir que sur le territoire où les faits se sont produits, où les preuves du délit se retrouvent peut-être encore, le procès serait mieux jugé.

L'autorité de la chose jugée est attachée, cependant, à la sentence de *condamnation* prononcée par le juge du domicile, quand elle est suivie d'exécution. Il faut séparer le cas où les juridictions saisies l'une après l'autre — *judex domicilii* et *judex loci* — ont

(1) *Rochus Curtius, loc. cit.*

(2) « Quando statutum simpliciter loquitur, tunc dicit Bartolus quod judex originis vel domicilii non potest punire subditum delinquentem extra territorium, nisi secundum pœnam impositam a jure communi, vel secundum statuta loci in quo deliquit, non autem secundum statuta ipsius loci originis vel domicilii. Et hanc opinionem dicit esse communem Alexander, et Rochus, et Bossius. Idem attestatur Augustinus ad Angelum... Ita etiam communiter teneri attestatur Felinus... Et ita plures vidi apud nos observari, quia ubi poterat haberi notitia statutorum loci delicti, semper fuit imposita illa pœna, licet per constitutionem hujus Ducatus alia pœna esset imposita ». *Clarus*, *op. cit.*, lib. V, § fin. qu. 85.

(3) Kohler, *loc. cit.*

(4) Cf. p. 159, 160.

un caractère si différent que les peines qu'elles prononcent doivent normalement se cumuler, peine spirituelle et peine temporelle, par exemple (1). Il faut mettre à part l'hypothèse où le juge saisi en second lieu estimerait que la première peine est trop faible, ridicule, absolument disproportionnée au crime commis (2). Des considérations d'ordre public font alors échec au respect de la chose jugée. Il en est ainsi dans une troisième hypothèse, voisine de la précédente, celle où le jugement rendu en premier lieu serait le fruit d'une collusion frauduleuse (3). Mais si l'on néglige ces situations exceptionnelles, l'exécution d'un jugement de condamnation est un *fait* dont la réalité est universelle, s'impose à tous les tribunaux, et fait obstacle à l'application d'une seconde peine pour le même délit (4).

(1) « Hanc conclusionem quod si satisfecit pro prima condemnatione non possit damnari etiam in contumaciam. Secundo loco intellige nisi prima pœna fuisset pœna extraordinaria delicti, et non ordinaria : vel pœna spiritualis imposita a judice ecclesiastico » (*Bossius, loc. cit.*, n. 84).

(2) « ... vel etiam esset pœna ordinaria, sed minor in eo loco quam in alio, quia in alio potest suppleri ;... quod ultimum intelligo, ubi minor illa pœna esset absurda et reprobata a lege, ut quando pro homicidio esset imposita pœna pecuniaria, sic loquitur Aretinus... » (*Bossius, loc. cit.*). — « Bene autem crederem generaliter et si aliquis puta in loco originis non fuit bene punitus, puta minor pœna quam fuit pœna ordinaria delicti quem commisit imposita sit, tunc poterit in alio loco, puta delicti, iterum puniri usque ad supplementum debitæ et ordinariæ pœnæ judicis æquo arbitrio, secundum Baldum... » (*Farinacius. Praxis et theoricæ...*, lib. 1, titul. I, quæstio VII, § 26). — Enfin, *Scaccia* (*Sigismundus*), auteur, à la fin du XVIe siècle d'un *Tractatus de judiciis, causarum civilium, criminalium*, lib. I, c. 12, n. 81 et suiv. cité d'après l'édition de Cologne, 1738).

(3) « Si vero loquimur non in gratia sed in absolutione seu condemnatione, et tunc si intervenit fraus, nulli dubium quod fraudulenter vel per collusionem absolutus seu condemnatus in uno loco non prohibetur in alio, secundum Bossium » (*Farinacius, loc. cit.*, § 26).

(4) « Quod non procedit si esset punitus in uno loco, quia ubique punitus est. Pone enim quod in civitate Venetiorum quis fustigatur, nonne etiam vere dicetur in alio territorio quod est fustigatus ? Vel pone quod alicui in aliquo territorio sint abscissæ aures, nonne in alio territorio etiam est sine auribus ? » (Bossius, *loc. cit.*, n. 85). — « Et ideo Boss. in tit. *de foro compet.*, n. 85, dicit quod punitus in uno loco ubique dicitur punitus... Et si delinquens, puta Ferrariensis Florentiæ. ubi delictum commisit, pro uno delicto fuerit ad triremes condemnatus : finito tempore si Ferrariam locum originis perveniat, vel e contra. erit ne honestum ut iterum ad triremes condemnetur ? Hoc satis videtur inconveniens, (*Farinacius, loc. cit.*, § 26). — « Sexto in hoc tractatu erit observandum remissionem citam non esse necessario exequendam, nec faciendam etiam petente judice loci ubi crimen commissum est, quoties judex domicilii ipsum delinquentem ejus criminis causa propria sententia condemnaverit » (*Covarruvias, Pract. quæst.*, c. 11, n. 6).

Bien différente est la situation, quand le juge du domicile a prononcé l'acquittement ou l'absolution de l'inculpé. Ne doit-on pas prévoir que le juge siégeant au lieu du crime — là où l'infraction a causé le plus grand trouble — serait porté à une sévérité plus grande? Ne doit-on pas considérer que ce juge, mieux qualifié pour connaître l'affaire, a peut-être en main des éléments de conviction qui l'amèneraient à conclure à la culpabilité? Et le scandale, en pareil cas, ne serait-il pas que le coupable pût se soustraire au châtiment qu'il mérite, grâce à l'exception de chose jugée?

Ces arguments ont déterminé des auteurs dont Farinacius rapporte l'opinion (1), à permettre une nouvelle poursuite, toutes les fois que le jugement émanant du juge du domicile est un jugement d'acquittement ou d'absolution. Farinacius lui-même ne se déclare pas entièrement convaincu. Il est sensible à la situation choquante où ce système place le juge, dont la décision ne sera définitive que si elle est défavorable à l'inculpé (2). Aussi préfère-t-il une autre dictinction plus rationnelle. Il faut, dit-il, avoir égard aux motifs de la sentence. Si l'acquittement est fondé sur l'innocence établie de l'inculpé — soit que le crime objet de la poursuite n'ait pas eu lieu, soit qu'il eût pour auteur un tiers — l'affaire ne peut être reprise devant un autre juge. Mais si l'absolution s'appuie sur des raisons moins péremptoires, notamment sur l'insuffisance des preuves, le *judex loci delicti* n'aura nullement les mains liées (3).

(1) « ... Non tamen sic erit in absoluto in loco domicilii vel originis, qui secundum eum (Sigimund. Scacc, *In tract. de judic. caus. civil. et crimin.*, c. 12, n. 84) adhuc poterit molestari in loco delicti, licet non contra, si fuit absolutus in loco delicti... non solum... quia delicti locus est magis principalis et magis offensus quam locus originis et domicilii, sed etiam quia in loco domicilii vel originis ob defectum probationum facilius obtinetur absolutio quam in loco delicti, et consequenter facilius fraus committitur et de fraude constare non potest » (***Farinacius***, *loc. cit.*, § 26).

(2) «.... Non tamen per hoc ab aliis dictis me revoco. Nam rationes quæ militant in condemnatione videntur etiam et in absolutione militare et satis mihi inconveniens videtur quod unus judex in una et eadem causa possit condemnare, et quod condemnatio teneat, non autem absolvere » (***Farinacius***, *loc. cit.*).

(3) « ... Et quod attinet ad fraudem ob defectum probationum, responsio et facilis, quia in loco originis aut domicilii fuit reus absolutus tanquam innocens, utputa vel quia probaverit negativam, vel mortuum fuisse ab altero occisum, aut quid simile, et tunc cessat omnis fraus ob minorem probationem quæ potuit forsan esse in loco originis et domicilii quam in loco delicti, quia per probationes prædictas exclusivas delicti tolluntur omnes aliæ probationes delicti exclusivæ ubique existentes, et sic cessat omnis fraus; si vero fuerit absolutus

On voit qu'en aucun cas l'impossibilité d'une nouvelle poursuite ne résulte à proprement parler de « la chose jugée ». Les auteurs de l'école italienne n'ont rien emprunté au droit romain qui ressemble à la « déduction du droit en justice », à la *litis contestatio* et à son effet extinctif. Un jugement de condamnation est-il intervenu? C'est l'exécution de la peine, fait matériel, objectif, opposable à tous, qui empêche le renouvellement de l'action. Le tribunal a-t-il prononcé l'acquittement à raison de l'innocence établie de l'inculpé? Le même résultat s'explique par la certitude acquise qu'aucune erreur n'a été commise, par l'inutilité absolue d'une nouvelle instance (per probationes prædictas exclusivas delicti tolluntur omnes aliæ probationes delicti exclusivæ ubique existentes).

L'effet limité de *la grâce* procède du même ordre d'idées. — Il ne vient pas seulement de ce que la grâce (*gratia, remissio*) loin d'être un jugement, est un acte du pouvoir gouvernemental, dont les effets ne dépassent pas le territoire où s'étend l'autorité du Prince (1). — Il vient aussi de ce que la grâce, acte individuel, discrétionnaire, arbitraire du Prince (2), n'a pas la valeur objective, opposable à tous, que présente un fait matériel tel que l'exécution de la peine (3). — Bossius va jusqu'à dire que le citoyen condamné par le juge de son domicile pour homicide, mais grâcié par le chef de l'État auquel il appartient, peut être repris, pour le même fait, par un autre juge. C'est qu'alors l'exécution de la peine qui est, à l'exclusion de la « chose jugée », le véritable obstacle au renouvellement de la poursuite, n'a pas eu lieu.

A plus forte raison, les auteurs statutaires italiens se sont-ils abstenus de reconnaître l'autorité de la chose jugée, dans ses conséquences *positives*. Les successeurs de Bartole, Balde, en particulier (4), admettent bien, comme leur maître, que le délinquant

ex hactenus deductis, non erunt ligatæ manus judicis loci delicti molestare et carcerare reum absolutum in loco originis seu domicilii, si ipse majores habuerit probationes » (*Farinacius, loc. cit.*).

(1) V. plus haut, p. 160.

(2) Sur le caractère arbitraire de la grâce, v. *Clarus, op. cit.*, V, § fin., qu. 60, n. 35, p. 739. J. Kohler, *Studien aus dem Strafrecht*, t. II, p. 311.

(3) « ... Sed quid si esset imposita pœna ordinaria homicidii, tamen princeps remisisset? ... Dic quod nihilominus potest damnari in alio territorio : quia etsi sit satisfactum quo ad principem illum qui concessit gratiam, tamen non est satisfactum quo ad alium principem; quod non procedit si esset punitus in uno loco, quia ubique punitus est » (*Bossius, op. cit.*, n. 85).

(4) « Aut pœna respicit intrinsecam qualitatem vel statutum personæ; sicut

supporte en tous lieux les déchéances qui résultent pour lui de la condamnation, quant à son état et à sa capacité en général : car « son statut personnel est indivisible, inséparable de sa personne ». Mais l'interdiction spéciale d'accomplir certains actes, d'exercer une profession, prononcée également par le juge, est dépourvue d'effets hors de sa juridiction.

Quant à l'effet extraterritorial de la récidive, les successeurs de Bartole ne devaient, semble-t-il, trouver aucune difficulté à l'admettre, dans la mesure où il l'avait fait lui-même. Ce ne sont pas les condamnations prononcées — ce sont les *délits* commis à l'étranger, même s'ils n'ont pas été suivis de jugement, qui, dans la pensée du grand maître bolonais, entrent en ligne de compte pour l'aggravation de la peine. — Et c'est bien ainsi qu'après lui Salicet (1), puis Angelus Aretinus (2), puis Farinacius (3) envisagent les effets, non de la récidive, — car il n'y a pas à proprement parler récidive — mais de la réitération. Le délit commis à l'étranger n'est-il pas un « fait matériel », auquel il est possible dès lors d'attribuer une valeur objective, universelle?

Deux objections se présentent : elles expliquent la résistance que l'opinion de Bartole a rencontrée.

D'abord, est-il équitable qu'un délit qui n'a pas eu de sanction, qui n'a été suivi d'aucun avertissement judiciaire, détermine une

est pœna inhabilitationis vel infamiæ, et ista protenditur ubique : quia est indivisibilis et inseparabilis, ut notatur D. III, 2, *de postulando*, 9 ; ... aut ista pœna respicit actum extrinsecum, puta alicujus exercitii, quia interdictum est advocato ne postulet ; et si non vult, venit in consequentiam alterius pœnæ extrinsecæ et non porrigitur extra territorium » (*Baldus*, Meili, *Abhandlungen*..., n. 100).

(1) « Si quis delictum commiserit alibi, puta furtum, postea hic commiserit novum furtum, quod licet de alibi commisso non posset hic conveniri, tamen alibi commissum debet aggravare pœnam furti quod hic commisit, et ideo si pro bino furto ex forma statuti debet quis suspendi, iste qui dicetur binum furtum commisisse deberet suspendi... » (*Salicet*, *op. cit.*, *ad. l. servos* C. *ad legem Juliam de vi*).

(2) « ... Delicta alibi commissa aggravant delictum hic commissum, et faciunt quod acrius puniatur, si sæpe et sæpius alibi est consuetus facere hujusmodi tractatus, vulnerationes et furta, tunc acrius hic pro uno delicto punietur... » (*Angelus Aretinus*, *op. cit.*, *Existens Florentiæ in hospitio leonis*, p. 94).

(3) « Quod judex non habeat jurisdictionem principaliter et directe quo ad furta commissa extra suum territorium, eam tamen habet in consequentiam. Et hoc sufficit ad inducendam consuetudinem furandi propter quam jura et statuta sic furari consuetis pœnam mortis imponunt » (*Farinacius*, *Opera De furtis* qu. 167, n. 5 et suiv., cité par Kohler, *Beiträge*, *Zeitschrift für intern. Priv. und St. R.*, 1895, p. 244).

aggravation de la peine prononcée pour un délit postérieur? — Les développements que les auteurs statutaires ont consacré à cette question se rattachent au droit pénal interne. Ils sont étrangers à l'objet de ce livre.

La commission d'un délit antérieur, ajoute-t-on, est un fait matériel sans doute — mais un fait étranger au juge saisi de la poursuite actuelle. Si ce juge est incompétent à l'égard de ce délit antérieur, s'il n'a pas le droit d'en tenir compte pour le sanctionner directement, comment serait-il autorisé à le prendre en considération pour infliger au délinquant, sur le fondement d'une infraction plus récente, une peine aggravée? Balde, Augustinus (1), écartent la solution de Bartole qu'ils trouvent trop rigoureuse. Augustinus ajoute qu'il n'oserait s'y conformer.

Elle allait entrer cependant, dans maintes dispositions des statuts. A Crema (1534), le brigand est frappé d'une peine aggravée à raison des actes de brigandage qu'il a commis à l'étranger. A Sinigaglia (1537), Macerata (1553) Fermo (1586), villes où l'auteur de trois vols successifs encourt une peine particulièrement sévère, les vols commis à l'étranger entrent en ligne de compte. A Macerata (1553), le *famosus assassinus*, et quiconque a été poursuivi et jugé à l'étranger pour *assassinium* peut être puni arbitrairement (2).

Clarus propose un tempérament. Il se rattache à l'opinion de Balde, Augustinus, si le juge est incompétent à l'égard du délit antérieur. — Mais si le juge est qualifié pour connaître de toutes les infractions commises par l'inculpé, il peut également tenir compte de ces infractions pour aggraver la peine actuelle (3). Dans ce cas, en effet, l'objection énoncée ci-dessus s'évanouit.

§ 3. — Délits commis hors du territoire de la cité par des étrangers.

Le principe est toujours que le juge n'a pas à connaître des infractions commises par des non domiciliés hors du territoire de

(1) « Adde quod Petrus de Ancharnio approbavit opinionem Bartoli quod delicta extra territorium commissa aggravant delicta hic facta. Et item dicit Angelus... et dicit quod ita de consuetudine observatur. Et noluit Baldus... et Salicet dicit quod si statuto cavetur quod qui duo furta fecit suspendatur, licet hic Ferrariæ unum furtum commisit et aliud Florentiæ, tamen debet furca suspendi... Certe ista sententia est rigorosa. Si essem judex maleficiorum, hoc non facerem » (*Augustinus*, notes sous *Angelus*, *Tractatus de Maleficiis*, *Existens Florentiæ in hospitio leonis*, p. 94).

(2) Kohler, *Beiträge... Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*. 1894, p. 225; *Internationales Strafrecht*, p. 37.

(3) *Clarus*, *Opera omnia*, qu. 38, p. 522; *Sententiarum*, qu. 39, p. 529 et suiv.

la cité. On maintient l'interprétation traditionnelle du texte fondamental C. III, 15, 2, qui, étant détourné de sa véritable acception, ne fait aucune part à la compétence fondée sur le lieu d'arrestation (1).

Cependant déjà, au temps de Bartole, les statuts contenaient des dispositions spéciales destinées à protéger la communauté ou ses membres contre les attentats venus du dehors (2). Des dispositions de ce genre, dictées par un patriotisme prévoyant, plus souvent inspirées par la haine aveugle de l'étranger, se retrouvent dans les statuts des XVe et XVIe siècles.

Sur le territoire même de la cité, les étrangers sont soumis, au point de vue pénal, à un régime de défaveur, mal protégés quand ils sont victimes de délits, plus sévèrement punis quand ils sont coupables.

A *Visso* (1461), l'indigène qui lèse un étranger est puni d'une demi-peine. — A *Lodi* (1551), l'indigène qui tue un *forensis* est frappé d'une amende de 500 libræ, au lieu d'encourir la peine de mort. — A *Perugia* (1526), le *civis* qui tue un *forensis* n'encourt également qu'une peine pécuniaire. — Les peines infligées aux étrangers coupables de délits contre les nationaux sont doublées à Castellarquato (1445), Conegliano (1488), Pergola (1510), Faenza (1527), Macerata (1553), Tolentino (1566), Ripatranzone (1568), Arezzo (1580). — A *Fermo* (1586), s'applique la règle suivante : l'étranger qui blesse un indigène peut être de nouveau lésé *in continenti a civibus et aliis quibuscumque;* mais l'étranger qui tue un indigène est hors la loi, et peut impunément *quandocumque etiam ex intervallo* être blessé et tué (3).

Parfois aussi, surtout dans les statuts du XVIe siècle, le chauvinisme local fait place à un esprit de justice et d'égalité, tant sous l'influence de la doctrine, ignorante des haines politiques, que grâce à l'évolution qui substitue de véritables États aux cités d'autant plus jalouses les unes des autres que leur territoire était plus restreint.

(1) « Quæro an in quolibet loco ubi reperiuntur possunt criminosi puniri. Placet quod sic, ut infra l. proxi. Glossa vero quod non, sed in loco delicti, vel domicilii, quia sic est in contractibus, ergo et in delictis;... ut intelligatur *ubi reperiuntur* scilicet *habere domicilium*, et hæc opinio communiter approbatur, et hoc dicit glossa *nisi sit vagabundus* » (*Salicet, Pars prima in primum et secundum Codicis libros* Venetiis, 1874, super 3 Codicis, *ubi de criminibus agi oporteat*, p. 24 et suiv.).

(2) V. plus haut, p. 127.

(3) Kohler, *Beiträge... Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, 1891, p. 225 et suiv. : *Internationales Strafrecht...*, p. 28 et suiv.

Ainsi, à *Macerata* (1553), pour les crimes graves, la peine est la même, que la victime soit un indigène ou un étranger. — A *Ripatransone* (1568), à *Arezzo* (1580), l'indigène qui lèse un étranger est puni de la peine ordinaire. — D'autres statuts frappent également le national et l'étranger pour les délits qu'ils commettent. Ainsi à *Crema* (1534), le forensis « qui in terra Cremæ seu extra Cremam interfecerit, percusserit vel vulneraverit aliquem Cremensem » est puni « perinde ac si esset terrigena » (1).

La protection des citoyens à l'étranger se manifeste par de nombreuses dispositions des statuts qui punissent les attentats dont ils sont victimes.

Ainsi à Florence (1415), le statut de Vicenza (1425 et 1480) contient la disposition suivante : *Quod de homicidiis, robariis et aliis maleficiis commissis etiam extra Vicentiæ districtum contra aliquem civem vel districtualem natione civitatis Vicentiæ vel districtus ipsius, rector Vicentiæ et ejus judex maleficiorum procedere et cognoscere possint et debeant et repertum seu repertos culpabiles de prædictis punire et condemnare secundum formam juris statutorum et ordinamentorum communis Vicentiæ, et in hoc habeant jurisdictionem ac si commissa fuissent in Vicentino districtu.* — Des dispositions semblables sont en vigueur à Conegliano, (1488), à Bologna (1525), à Faenza (1527), à Soncino (1532). — A Crema (1534) est puni le *forensis qui extra Cremam interfecerit, percusserit vel vulneraverit aliquem Cremensem... ac si fecisset maleficium in terra Cremæ;* de même à Luca (1539), l'étranger « *qui occiderit, vulneraverit percusserit vel alio modo verbo vel facto offenderit extra territorium* » un habitant de Luca, sera puni « *ac si maleficium commisisset in lucano territorio* ». — Règles analogues à Genua (1556), Tolentino (1568), Ripatransone (1568), Fermo (1586), Cesena (1588), où il est dit expressément : reipublicæ obsequium est subditos suos ubique proposse tueri (2).

Quelle fut, devant cette législation statutaire guidée surtout par des raisons d'ordre pratique et des considérations intéressées, l'attitude de la doctrine?

Balde, suivant l'opinion de son maître Bartole, exclut, dans le silence du statut, la compétence du juge à l'égard des délits commis à l'étranger, par des étrangers contre des citoyens (3). —

(1) Kohler, *Beiträge...*, *Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, 1894, p. 225 et suiv.; *Internationales Strafrecht*, p. 32.

(2) Kohler, *Beiträge*, *Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, 1894, p. 225 et suiv.; 1895, p. 232 et suiv. : *Internationales Strafrecht*, p. 33.

(3) « Tertio juxta hoc quæritur : dicit statutum, si forensis offendit civem, quod possit conveniri ubique locorum; et si iste forensis postea reperiatur in territorio, quod debeat puniri tali pœna : quæritur an tale statutum valeat? Tu dic quod aut statutum disponit ratione delicti tantum; et est verum dictum Bartoli in eo, quod dicit forensem non ligari... » (*Baldus*, *In primum, secundum et tertium Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1586; *ad primum librum Codicis*, rapporté par Meili, *Abhandlungen*, n. 97).

Il admet même qu'en aucun cas le délinquant étranger ne pourra être jugé *par défaut*. Mais si le statut décide formellement que ce délinquant, s'il pénètre sur le territoire de la cité, pourra être jugé et puni pour l'infraction dont il s'est rendu coupable, la validité de ce statut est reconnue (1). Balde estime que le simple fait, par l'étranger, de s'aventurer sur le domaine de l'État dont il a lésé un ressortissant, constitue une offense à la souveraineté locale. — Il est à remarquer que, dans ce cas, c'est la peine établie par le *statutum loci*, pour les infractions commises sur le territoire, qui est appliquée. Telle fut, comme on l'a vu, la règle en vigueur à *Vicenza* (2). Comme le juge étend sa compétence, le statut étend son application à des infractions commises hors de la cité, lorsqu'il s'agit de protéger des citoyens.

Balde semble d'ailleurs avoir été seul de son avis. — La plupart des auteurs excluent le système de « la personnalité passive » — ou de « la protection des domiciliés » — soit en le passant sous silence, soit en contestant la validité du statut qui étend sa compétence propre, et celle du juge, aux infractions commises à l'étranger contre des domiciliés. C'est la position qu'a prise, notamment, Salicet (3).

Quant aux attentats dirigés du dehors contre l'État, certaines divergences se manifestent. Alexander Tartagnus envisage le cas d'un complot qui serait machiné, hors du territoire de Luca, contre cette ville, par un de ses habitants. Sans égard à la nature particulière de l'infraction, il la soumet aux règles de compétence en vigueur pour les délits quelconques, commis par des domiciliés à l'étranger. Le juge de Luca est compétent, mais il ne peut infliger la peine de mort, établie par le statut de Luca qui ne

(1) « ... Aut statutum non disponit ratione delicti tantum, sed respectu ingredientis territorium, ut ex tunc initietur pœna et processus : tunc dico quod forensis ligatur, quia offendit ingrediendo prohibitum territorium, argumentum C. III, 41, *de noxalibus actionibus* 2, et ita sentit Jacobus Buttrigarius alibi » (*Balde, loc. cit.*).

(2) V. plus haut, p. 175.

(3) « Bononiensis occidit in territorio Bon. Mutinensem; deprehensum in Mutina petitur ibi puniri quod non liceat de jure communi.... Sed quia statutum est in Mutina quod de civilibus Mutinensibus occisis ubicumque locorum et per quoscumque potestas Mutinæ posset cognoscere et punire. Modo quæritur an potestas Mutinæ possit ipsum punire et si potest an puniet ipsum ac si occidisset in Mutinæ territorio ubi major est forte pœna quam in bononiensi. Et ad primum dico quod non potest, quia statutum non potest ligare sibi non subditum » (*Salicetus, loc. cit.*). — V. aussi *Rochus Curtius, Tractatus illustrium*, t. II, n. 30.

s'étend pas hors du territoire (1). — Au contraire, Rochus Curtius qui exclut, comme Salicet, la « protection des domiciliés » estime qu'il doit y avoir des règles spéciales pour les délits dirigés contre l'État. Alors, le statut de la cité s'applique aux citoyens, même ayant agi à l'étranger (2). — Inversement, il faut faire place à des solutions de faveur à l'égard des délits qui ont été commis dans l'intérêt de la cité elle-même. C'est l'avis de Bossius. Supposons, dit cet auteur, qu'un habitant du duché de Milan ait commis, hors du duché, un attentat contre un ennemi du duc. Arrêté à Milan, il bénéficiera de l'impunité : sauf convention contraire entre les États, il sera soustrait à l'application du *statutum loci* (3).

Au contraire, le régime spécial que la jurisprudence antérieure et les statuts ont consacré pour trois catégories de malfaiteurs particulièrement dangereux est approuvé par l'unanimité des auteurs. Ceux-là peuvent être traduits devant le tribunal du lieu de leur arrestation, même si ce lieu n'est ni celui de leur domicile, ni celui de la commission du délit.

C'est d'abord le vagabond, qui se caractérise par l'absence d'un

(1) « Subditus delinquens extra territorium non statuti, sed juris communis pœna punitur... Tamen in proposito sentio de jure dictum subditum non esse damnandum ad pœnam dicti statuti, id est ad pœnam mortis : sed alia pœna judicantis arbitrio secundum quod infra declarabitur, quia illa delicta per dictum inquisitum non fuerunt commissa in territorio Lucano, sed extra ut patet ex narratis in inquisitione, videlicet in civitate Sebernæ et in castro nuncupato Benego in Bressia Imolæ ». — Il s'agit bien d'un délit contre la sûreté de l'État : car l'auteur ajoute : « Dubium facit dispositio dicti statuti quod pœnam mortis imponere videtur ei qui fecerit aliquam conjurationem vel conspirationem, ligam vel congregationem cum armis, cum uno vel pluribus bannitis, ad mortem seu ad pœnam corporalem in damnum seu dedecus Lucanæ civitatis vel in damnum seu periculum alicujus personæ vel loci » (*Consiliorum Alexandri Tartagni... liber primus*. Consilium CXI, p. 115).

(2) « Septimo limita.... ut non procedat dicta conclusio, quando delictum commissum extra territorium committitur contra rem publicam et non contra certam personam, quia tunc consuetudo ligat subditos extra territorium delinquentes » (***Rochus Curtius***, ***Tractatus illustrium***, t. II, n. 30).

(3) « Et quid, quando civitas vel ejus territorium in qua vel quo fit talis depredatio esset fœderata, an ad ejus civitatis requisitionem deprædans esset puniendus? Baldus dicit eum puniri debere... Credo contrarium in casu nostro quando Mediolanensis contra hostem ducis fecisset impetum in alio territorio, quia quo ad civitatem Mediolani nullum est delictum, et cum tractatur de eo conveniendo in ea attenditur ille locus, non locus delicti. Et ita, prout supra dixi, hodie Senatus animo exploratum habuit, nisi tamen obstare reperirentur capitula fœderum » (*Bossius*, *Tractatus varii*, tit. *de foro competenti*, n. 64).

domicile fixe (1), *qui per mundum vagatur* (2). Il bénéficierait d'une véritable immunité, au point de vue pénal, s'il ne pouvait être arrêté partout où on le trouve : c'est l'avis des tribunaux, l'avis de Bartole, et c'est aussi la *communis opinio* (3). Objectera-t-on que tout individu, si errant qu'il soit, a tout au moins un domicile fixe, son domicile d'origine (4). Mais pour le délinquant ordinaire, le domicile réel, qui s'acquiert par l'habitation prolongée pendant dix ans, s'ajoute au domicile d'origine; il ne le remplace pas; le lieu d'origine reste attributif de compétence (5). Or, c'est le domicile réel qui est remplacé pour le vagabond par le *locus deprehensionis* (6).

C'est ensuite le *bannitus*. Généralement le *bannum* est prononcé pour un motif grave (7). Dans ce cas, quand le *bannitus* rentre dans la ville d'où il a été exclu, il peut être tué impunément (8). Aussi, dit Clarus, les meurtriers cherchent-ils volontiers à s'excuser, en alléguant que leur victime était un *bannitus* (9). Le

(1) « Vagabundus dicitur qui propriam sedem id est habitationem non habet... Et dicit glosa quod vagabundus ubilibet potest conveniri » (*Salicet, op. cit.*, fr. 5. *De Summa trinitate et fide catholica*, n. 4).

(2) « Et dicitur vagabundus quando per mundum vagatur... » (*Bossius. Tractatus varii...* Tit. *de foro competenti*, n. 70).

(3) « In hac quidem conclusione quod vagabundus possit ubique puniri omnes concordant... Et ita senatus jussit quemdam Brixiensem qui dicebatur esse vagabundus pro furto extra Ducatum commisso fustigari septimo oct. 1555. Sed hic quaero quis dicatur vagabundus. Respondeo quod vagabundus dicitur ille qui per mundum vagatur, ita dicit Bartolus in. l. 4 § *proeter ait*, n. 24 D. *de damno infecto*, et est communis opinio ut dicit Marianus in c. fin. n. 57 *de foro competenti*, quem refert Bossius in. tit. *de foro comp.*, n. 60 » (*Clarus Sententiarum*, qu. 39, p. 529).

(4) « Licet aliqui dixerint quod ad hoc ut quis dicatur vagabundus requiritur quod non habeat neque etiam domicilium originis, tamen illa opinio communiter reprobatur, ut attestatur Marianus... ; ea enim retenta sequeretur quod necesse esset civitatem in qua ille natus esset funditus esse eversam et destructam, quod esset ridiculum » (*Clarus, loc. cit.*).

(5) V. plus haut, p. 162.

(6) « Ego dico quod vagabundus dicitur qui domicilium ratione personae habitationis non habet... et ideo volens satisdare de respondendo in loco domicilii originis non debet audiri quia ibi propriam sedem non habet, et ubique forum sortitur » (*Salicet, loc. cit.*). De même Fachinæus, *Controvers. juris* IX, c. 24. Cf. Kohler, *Internationales Strafrecht*, p. 37.

(7) Kohler. *Studien aus dem Strafrecht. Das Recht der italienischen Statuten*, p. 27.

(8) Parfois même son meurtrier est récompensé. Ainsi à *Genua* (1556), Kohler, *loc. cit.*

(9) « Plerumque excusant se homicidae allegando quod offensus erat ban-

caractère dangereux des *banniti* explique aussi les ententes qui se sont établies entre les villes pour décider que tel individu, exclu de l'une d'elles, le serait également de toutes les autres.

Aux termes du décret de Milan (1343) le *bannitus* de Placenza est traité comme tel à Milan, et inversement. Ainsi en est-il dans les rapports de Milan avec Brescia, Bergamo, Crémone, Lodi, Como, Vercelli et autres. Dans les statuts de Ferrare (1566) il est dit que quiconque est banni de Ferrare se trouve banni également de toutes les possessions de l'Este : de *omnibus et singulis terris, locis et civitatibus quæ per dominos, duces et marchiones Estenses et eorum nominibus tenentur et possidentur mediate vel immediate et eorum dictioni subjectæ sint et in futurum tenebuntur et erunt. Et vice-versa* (1).

Comme les vagabundi, les *banniti* jouiraient d'un privilège, si la compétence du *forum deprehensionis* n'était pas reconnue à leur égard; en effet, le *bannum* leur fait perdre, presque toujours, leur domicile réel, fondé sur l'habitation. Il n'en sera autrement, remarque Clarus, que si le *bannitus* s'est acquis, par une résidence prolongée dans un autre endroit, un nouveau domicile (2).

Les criminels les plus dangereux, *publici latrones* (ou brigands de profession) — *assassini* (auteurs de meurtres commis avec préméditation) sont également, au point de vue de la compétence, l'objet d'un régime spécial. — Ces criminels supportent, comme on l'a vu (3), les peines aggravées de la récidive, à raison des infractions qu'ils ont commises au dehors: ils peuvent être frappés arbitrairement; de même encore, ils peuvent être jugés et punis là où on les trouve.

nitus... Communiter per Italiam extant statuta quod banniti possunt impune offendi utique stante hujusmodi statutorum dispositione, occidens bannitum erit a poena homicidii liber... Valet enim tale statutum... Videntur enim talia statuta introducta pro quiete communi... Si ex levi causa banniti essent, eo casu non valeret statutum permittens eos impune offendi (*Clarus*, *loc. cit.*, V, § *homicidium*, 52). Cf. Kohler, *Studien aus dem Strafrecht*. Mannheim, 1890, t. II, p. 63).

(1) Kohler, *Beiträge... Zeitschrift für internat. Privat und Strafrecht*, 1894, p. 225 et suiv.

(2) « Fui interrogatus quandoque numquid banniti dicuntur vagabundi. Respondi quod non... quod tamen intelligendum est ut procedat quando bannitus habet in aliquo loco certam habitationem seu domicilium : alias enim si sine certa habitatione per mundum vagaretur, utique habendus esset pro vagabundo prout et alii ita vagantes; nec propter bannum efficeretur in hoc melioris condicionis quam cœteri non banniti » *Julius Clarus*, *Sententiarum*, qu. 39, p. 529).

(3) V. plus haut, p. 173.

Il est vrai qu'à Pergola (1510) on se contente d'expulser du territoire le malfaiteur condamné à l'étranger pour *assassinium*. Mais à Sinigaglia (1537), Macerata (1553), Fermo (1586), l'*assassinus* qui a perpétré son crime à l'étranger peut être jugé et puni arbitrairement (1).

Bossius, après avoir rapporté l'opinion d'Angelus Aretinus, favorable à cette pratique rigoureuse, subordonne la compétence du *judex loci deprehensionis* à la condition que l'*assassinus* aura déjà été condamné comme tel à l'étranger (2). Farinacius impose la même condition. L'auteur s'exprime, en un langage particulièrement énergique, sur la nécessité de priver ces malfaiteurs, au nom du droit humain et divin, de tout abri (3).

Quant à la théorie de Bartole, si redoutable pour les voleurs, qui envisage le *furtum* comme un délit continu, elle est l'objet des plus vives controverses. On reproche à l'auteur d'avoir étendu arbitrairement à la répression publique une solution que le droit romain avait consacrée uniquement pour régler les rapports privés du voleur avec le propriétaire de la chose (4). Mais Salicet, Hippolytus de Marsiliis (5), Augustinus, Bossius, Clarus, Covarruvias (6), qui la combattent, sont obligés de constater le succès qu'elle a eu dans la pratique (sauf peut être, d'après Clarus (7), dans le

(1) Kohler, *loc. cit.*, et *Internationales Strafrecht*, p. 37.

(2) « Quæro etiam ultra Marianum... quid assassino... an poterit punir. non solum in loco delicti sed etiam in quolibet alio loco... et ita declarat Angelus... Assassinus potest ubique puniri, postquam constiterit de delicto, et declaratum fuerit per judicem competentem constare » (*Bossius*, *loc. cit.*, p. 64 et 67).

(3) « In bannito et condemnato pro homicidio, animo deliberato ac praemeditato, per industriam et maxime per insidias ac proditorie commisso, qui in qualibet parte mundi capi, carcerari et puniri potest, cum nullum debeat habere tutum locum confugiendi, sive homicidium sit commissum sub eodem sive sub penitus diverso Principe, et ideo nec in terris Ecclesiae nec in terris Imperii quocumque in loco deliquerit tutus erit, eo quia sic de jure divino statutum sit, quod in qualibet parte mundi servari debet » (*Farinacius*, *op. cit.*, lib. I, titul. I, quæstio VII, § 18, limita XI).

(4) *Fachinæus*, *Controversiar*, IX, 19. Cf. Kohler, *Internationales Strafrecht*, p. 129.

(5) « In dubiis et obscuris semper debemus sequi et amplecti humaniorem et benigniorem partem et pro illa judicare » (*Hippolytus de Marsiliis*, *Commentaria*, n. 212).

(6) « Hanc opinionem... nunc constanter assero jure non probari nec admittendam esse » (*Covarruvias*, *Pract. quæst.*, c. 11, n. 9).

(7) « Certe in hoc ducatu non servatur opinio Bartoli ut scilicet fur repertus cum re per eum furata in alieno territorio puniatur criminaliter » (*Julius Clarus*, *op. cit.*, n. 16).

Duché de Milan). Covarruvias ajoute que Guido Papa (1), Boerius, Jacobus de Bellovisu se sont prononcés en sa faveur. Ce dernier la présente encore comme la *communis opinio.*

La répugnance qu'ont éprouvée d'importants auteurs à consacrer la théorie de Bartole sur le vol est d'autant plus surprenante, qu'à l'égard d'autres infractions, les docteurs de l'École italienne se sont montrés d'accord pour étendre la répression par une définition très large du *lieu du délit.* C'est ainsi que pour les délits à distance, le *locus delicti* est à la fois celui de l'action et celui du résultat (2); pour les délits continus, tels que l'enlèvement d'une jeune fille, le *locus delicti* est partout où se poursuit l'activité criminelle(3). Ce système que Balde, Salicet, Hippolytus de Marsiliis, Clarus, Farinacius, représentant l'*opinio communis*, ont préféré à tous autres, multiplie les compétences. Entre plusieurs juges, également qualifiés pour connaître du même délit au titre de *judicesloci,* la prévention décidera.

Comme on l'a vu par ce qui précède, les auteurs de l'École italienne se sont élevés à l'idée d'une répression universelle qui atteint, jusque dans leur dernier refuge, les ennemis les plus redoutables de l'ordre social et de l'humanité. Mais le soin qui est pris d'élargir la répression par une détermination extensive du *locus delicti*, l'établissement de catégories exceptionnelles attestent que la compétence du *forum deprehensionis* n'est pas admise avec un caractère général. — Elle est exclue pour les malfaiteurs ordinaires, qui ne peuvent être jugés qu'au lieu du délit et au lieu de leur domicile, domicile d'origine ou domicile de fait établi par une résidence de dix ans au moins. Augustinus (4), Bossius (5), Clarus (6) le disent formellement. La plupart des auteurs

(1) *Guy Pape*, avocat, puis conseiller au Parlement de Grenoble, auteur de divers traités de droit romain et de droit canonique, mort vers 1487.

(2) *Hippolytus de Marsiliis*, *op. cit*. n. 210: *Clarus*, *op. cit.*, quaestio 38 : « Pone quod aliquis existens in uno territorio emittat sagittam cum qua percutiat, vel exonerat archibusicam cum quo interficiat aliquem existentem in alio territorio : quis erit judex hujusmodi delicti ? Respondeo quod poterit puniri in utroque territorio, et inter ipsos judices utriusque territorii erit locus praeventionis. » De même *Farinacius, op. cit.*, § 44. Limita XII.

(3) *Hippolytus de Marsiliis*, *op. cit.*, n. 211. « Puella si fuit rapta in uno territorio et cognita in alio : a quo judice fiet punitio... unusquisque judex poterit procedere contra talem capientem » (Abb. Bald. Salic. Specul. Angel). — De même *Farinacius, op. cit.*, § 44. Limita XII.

(4) Augustinus, Notes sous Angelus Aretinus, *op. cit. Existens Florentiæ in hospitio leonis.*

(5) *Bossius*, *op. cit.*, n. 48.

(6) *Clarus*, *Sententiarum*, qu. 39, p. 529.

ajoutent que le juge, qui ne saurait puiser dans la présence du délinquant un titre de compétence, n'est pas qualifié non plus pour accorder la *remissio* (1).

Mais voici l'objection. Si la *remissio* ne peut être obtenue du *judex deprehensionis* qui n'est pas mieux qualifié pour livrer le délinquant que pour le juger, si, de plus, en fait, la *remissio* n'a pas lieu dans les rapports entre États indépendants (2), comment la répression sera-t-elle assurée? Le malfaiteur qui n'est ni un *vagabundus*, ni un *bannitus*, ni un *assassinus* trouvera son salut dans la fuite — Farinacius en fait la remarque (3). Certains auteurs ont répondu par une concession. Sans doute, disent-ils, le juge qui n'est compétent ni à raison du lieu de commission ni à raison du domicile ne peut se saisir lui-même; il ne peut procéder *per inquisitionem*. Mais si la victime se plaint, il ne saurait, sans commettre un déni de justice, refuser l'extradition et se déclarer incompétent; en pareil cas, il est vablement saisi (4). Ainsi raisonnent Boerius, Jaso, Calderinus, Panormitanus, Rochus Curtius. C'est ainsi, disent ces auteurs, qu'en matière civile, le créan-

(1) « Non tamen credas quod a quolibet judice possit peti remissio, sed tantum ab eo qui habet jurisdictionem in eum reum, ut est judex domicilii, secus si nullam haberet » (*Bossius*, *op. cit.*, n. 52). « Ille tantum judex poterit, ac debet remittere qui ratione domicilii aut originis, alteriusve causæ habeat jurisdictionem in ipsum delinquentem » (*Covarruvias*, *Pract. quæst.*, c. 11, n. 6). Cependant, Panormitanus et Clarus se sont prononcés en sens contraire. Cf. von Martitz, *Auslieferung und Rechtshilfe in Strafsachen*, t. I, p. 151 et suiv.

(2) *Covarruvias*, *Pract. Quæst.*, c. 11, n. 10.

(3) « Ex prædictis ergo in hac tertia quæstione facias tres conclusiones. Prima quod judex incompetens, qui nullam in reum habet jurisdictionem, nec ratione delicti nec originis, nec domicilii, non tenetur illum remittere ad judicem competentem. Secunda quod hodie de consuetudine remissio non conceditur. Tertia quod prædicta consuetudo procedit in judicibus qui sunt sub diversis Principibus : secus si sub eodem Principe » (*Farinacius*, *op. cit.*, § 29 *in fine*).

(4) « Prædictas conclusiones et licet verum sit et judex incompetens non teneatur delinquentem extra suum territorium saltem de generali consuetudine remittere ad judicem competentem, quum ambo judices sint sub diversis Principibus : non tamen debet illum dimittere et impunitum relaxare, sed parte offensa accusante et id petente, debet idem jus reddere et delinquentem punire. Dixi autem parte accusante et petente, quia si per inquisitionem procedere vellet, res majorem haberet difficultatem... Igitur judex diversi principatus requisitus vel remittere tenetur; et si negat se teneri, prout re vera non tenetur, debet ipsum delinquentem ad ipsius offensi accusationem punire, alioquin delicta remanerent impunita et est absurdum » (*Farinacius*, *loc. cit.*, § 30).

cier peut assigner son *debitor fugitivus* là où il le trouve [1].

Farinacius ne se déclare pas convaincu. Aux autorités citées, il oppose l'*opinio communis* qui est en sens contraire. L'argument concernant le *debitor fugitivus* n'est pas déterminant; on ne peut raisonner par analogie du civil au criminel, du paiement d'une dette à l'application d'une peine [2]. Quant à l'impunité du délinquant, dont on se prévaut, elle n'est pas « absurde » : ce qui fait défaut, ce n'est pas le droit, c'est le tribunal compétent pour l'appliquer : *non deficit jus, sed jurisdictio* [3]. L'argument sent sa scholastique! Il paraît suffisant à Farinacius, si bien que notre auteur, excluant les distinctions proposées par d'autres docteurs, se refuse à admettre la compétence du *judex deprehensionis* même à l'égard des crimes atroces [4]. Fachinaeus, plus soucieux d'assurer la défense des intérêts essentiels de l'État et d'empêcher un scandale, cherche le remède dans la pratique élargie de la *remissio* [5]. L'espagnol Covarruvias, au contraire, s'est prononcé pour l'attribution de compétence au *judex deprehensionis*, à l'égard de toutes les infractions graves. Il est regardé aujourd'hui comme le premier partisan de l' « estraterritorialita assoluta » [6].

(1) « Delinquens enim nulli dubium, quod offenso ad satisfactionem injuriæ illatæ tenetur, et debitor est. At debitor fugitivus ubicunque inveniatur, et capi et conveniri potest, quia nulla est spes quo ad locum judicis competentis, unde aufugit, amplius redeat. Ita pariter et delinquens fugitivus poterit accusari ab offenso, ubi reperiatur, ad satisfactionem injuriæ » (*Farinacius, loc. cit.*, § 30).

(2) « Altera ratio de debitore fugitivo non concludit de pœna delicti, sed de satisfactione injuriæ civili ipso offenso debita, et sic de damnis et interesse, quorum respectu delinquentem posse etiam in eo loco conveniri pro nunc non inficior nec disputare intendo » (*Farinacius, loc. cit.*).

(3) « Minus me movet prima ratio quod scilicet si aliter diceremus delicta remanerent impunita; nam pariter respondetur et isto casu hoc non videtur absurdum, quia non deficit jus, sed jurisdictio » (*Farinacius, loc. cit.*).

(4) « Et licet Covarruvias in loco supra allegato, præsertim in vers. *sed. et si ad pœnam* has forte difficultates sentiens restringere videatur suam limitationem ad illa tantum delicta quæ adeo atrocia sunt ut totius universalis reipublicæ intersit puniri, alias grave scandalum, et insigne repetendi sceleris exemplum gigneret : ego tamen indistincte contrarium teneo, quia defectus jurisdictionis tam in atrocibus quam in non atrocibus delictis militat » (*Farinacius, loc. cit.*).

(5) *Fachinæus, Controversarium juris lib. IX*, c. 23, estime que la coutume qui exclut l'extradition doit être « nullius momenti, si præssertim agatur de homicidio, vel gravi aliquo facinore, cujus impunitas propter exemplum et scandalum perniciosa foret ». Il se prononce pour l'*extraditio* en faveur du *locus delicti*. Cf. Von Martitz, *Auslieferung und Rechtshilfe in Strafsachen*, p. 155 et suiv.

(6) L'argumentation de Covarruvias mérite une analyse spéciale. Il a montré

Ainsi se trouvent en présence, dans la doctrine italienne des statuts, les deux moyens concevables d'assurer l'ubiquité de la répression : d'une part, l'élargissement de l'extradition; d'autre part, la compétence universelle reconnue au juge.

le caractère arbitraire de la solution qui met à part les *vagabundi*, pour les soumettre exclusivement à la compétence du *judex deprehensionis*. « Nec enim potest certa ratio constitui, quæ vagabundum ab aliis in hac specie distinguat ». (*Pract. Quæst.*, c. 11, n. 7). — Il s'appuie sur l'avis des auteurs pour qui la *remissio* peut être accordée par un juge incompétent, cette solution étant nécessaire pour assurer la répression. La même raison, dit-il, veut que dans les rapports entre souverainetés différentes, où la *remissio* n'a pas lieu, la compétence du *judex deprehensionis* soit reconnue : « Igitur sicut non valeret consuetudo impediens remissionem, ubi judex requisitus delictum punire non potest, etiam nec valebit ubi judex requirens et requisitus sunt sub diversis principibus, quoties non potest delictum puniri a judice qui remissionem negat ». — Enfin, il fonde son système sur les raisons les plus élevées, tirées du droit naturel : « Ea vero lex quæ a ratione naturali deducitur, et quæ docet jus unicuique reddendum fore, in utroque casu servanda erit et ideo quotiens remissioni locus non est, tenetur judex privato læso et accusanti delinquentem jus reddere, et ipsum delinquentem punire, nec ab hoc jure poterit excusari consuetudine quacumque, nec alia humana lege, et cum hæc iniqua foret et naturali rationi refragaretur... Igitur judex requisitus vel remittere tenetur vel delinquentem ipsum punire ad ipsius offensi accusationem ». — C'est déjà le « aut dedere, aut punire » de Grotius. L'auteur a soin d'en limiter la portée aux malfaiteurs les plus dangereux : « Nec enim hoc obtinebit in quibuscumque criminibus, sed tamen in illis quæ adeo atrocia sunt, ut eorum impunitas, propter scandalum grave, exemplum insigne, vel suspicionem repetendi sceleris, sit cuilibet Reipublicæ et denique totius orbis universalis detrimentum allatura ».

CHAPITRE V

LA COMPÉTENCE PÉNALE EN FRANCE DU XIVe AU XVIe SIÈCLE ET LA FORMATION DU DROIT PUBLIC

SOMMAIRE. — Décadence de la féodalité, de la puissance ecclésiastique, et avènement de la monarchie. — Introduction, en France, de la doctrine italienne des statuts. — Essai de réaction féodale à la fin du XVIe siècle.

Le XVIe siècle est une époque de transition. Il marque la fin d'une période de luttes, dans laquelle les forces politiques dont on a constaté l'éclosion au Moyen âge — la féodalité et l'Église — se sont trouvées aux prises avec le pouvoir grandissant de la Royauté. La Royauté va l'emporter. Elle a vaincu la féodalité, toujours renaissante sous des formes différentes; avec Louis IX et Philippe le Bel (fin du XIIIe et début du XIVe siècle), elle a ruiné la petite féodalité, guerrière, émancipée et anarchique. Par l'issue victorieuse de la guerre de Cent Ans (fin du XIVe et 1re partie du XVe siècle), elle a levé l'hypothèque qu'un féodal particulièrement dangereux, le roi d'Angleterre, faisait peser sur la terre de France. Grâce à Louis XI et à ses successeurs (fin du XVe, et début du XVIe siècle), elle a dompté les grands vassaux de la Couronne, les « sires des fleurs de lys ». — Elle a lutté aussi avec bonheur contre la domination que l'Église, dont le prestige s'est encore accru sous Grégoire VII, veut établir sur les souverains temporels; les conflits de Philippe le Bel avec Boniface VIII et Clément V, le Grand Schisme d'Occident (1378-1418), les disputes des papes et des Conciles (Concile de Bâle : 1434-1435) ont amené l'effacement presque complet de la Papauté, qui achève de se discréditer en se mêlant aux intrigues des petites cours italiennes. Les désordres du clergé

ouvrent les voies à la Réforme. Ainsi, la Royauté poursuit, par de sages réformes sous Philippe le Bel, mais aussi par la force. avec Charles VII et Louis XI, l'œuvre d'unification et de centralisation, pour laquelle elle est puissamment secondée par le sentiment national, que la guerre de Cent Ans a fait éclore.

Tel est le milieu politique, en voie d'évolution, dans lequel la Doctrine italienne, importée en France par les légistes, introduit ses théories et ses solutions sur la compétence pénale : doctrine faite pour une société *morcelée* entre des cités voisines dont chacune avait son indépendance et son autonomie, pour une société *démocratique*; enfin, pour une société *laïque*, généralement affranchie du pouvoir du clergé. La seule analogie que cet état social présente avec celui de la France du XIVe au XVIe siècle, vient du développement des *communes*, encouragé par les progrès du Tiers-État. Mais précisément, la Royauté, qui favorise la bourgeoisie en fortifiant, contre les privilèges féodaux, l'indépendance des communes, en provoquant les réunions des États généraux, s'appuie sur les doctrines des légistes, qui se font les théoriciens de ses ambitions. Et l'esprit de la Doctrine italienne des statuts, guidée par la *raison*, tout animée d'un désir de *justice*, convient à une société fatiguée des guerres civiles ou étrangères, assoiffée d'ordre et d'unité.

Mais, dans la seconde partie du XVIe siècle, le mouvement créé par la Réforme, qui semble devoir porter atteinte, à son tour, à l'unité morale du Royaume, et que François Ier, puis Henri II, ont réprimée, sert de prétexte au réveil de l'aristocratie. Les guerres de religion sont, en partie, la manifestation d'une féodalité nouvelle. En même temps, la rédaction nouvelle des coutumes, notamment des coutumes de Bretagne et de Normandie, fait renaître un particularisme local. Et c'est l'époque où, sur le point de disparaître, toutes les forces politiques du passé — puissance de l'Église et féodalité — lancent, dans l'œuvre de Bertrand d'Argentré, comme un final feu d'artifice.

Section I

La Pénétration en France de la Doctrine italienne des statuts.

Sommaire. — Elle est favorisée par les relations intellectuelles qui se multiplient, à partir du XIIIe siècle, entre l'Italie et la France... — 1. *Masuer*. Influence féodale, manifestée par la prépondérance du *forum domicilii*. Condition

pénale des étrangers. — 2. *Chasseneuz.* Il exclut, en principe, la compétence du *judex deprehensionis.* Il admet très largement l'effet extra-territorial de la récidive, l'exécution forcée des sentences étrangères. Influence dominante de la doctrine italienne. — 3. *Dumoulin.* Soumission de l'étranger à la compétence locale, fondée sur le consentement tacite. Influence de l'élément psychologique sur l'application de la coutume locale.

La pénétration, en France, de la doctrine italienne des statuts s'est produite au XIIIe siècle. Dès ce moment, de grandes universités, celles de Montpellier et de Toulouse, fleurissent dans le Midi ; plus tard, se créeront celles d'Orléans, de Poitiers et de Caen, qui survivront, comme par miracle, à la guerre de Cent Ans ; et, sous le règne de Louis XI s'organiseront celles de Valence, de Bourges et de Bordeaux. Mais déjà, au XIIIe siècle, il s'est établi, entre les Universités du Midi de la France, et celles du Nord de l'Italie — Bologne, Varenne, Plaisance, Pise — de fréquents échanges de maîtres, d'élèves et d'idées. Les Jacques de Révigny, les Guillaume Durant, les Pierre de Belleperche, les Jean Fabre, les Guillaume de Cugneaux qui exercèrent uniquement des fonctions universitaires ou ecclésiastiques. — Jacques de Révigny, Pierre de Belleperche et Guillaume de Cugneaux furent professeurs à Toulouse, Jean Fabre à Montpellier, Guillaume Durant évêque de Mende — sont de purs représentants de la doctrine italienne. Et si l'on a pu trouver dans leurs écrits une tendance qui leur soit propre, c'est peut-être une moins grande hardiesse dans les solutions, une application plus stricte du statut local aux étrangers.

Au XIVe siècle, il s'est produit un ralentissement des relations intellectuelles de la France et de l'Italie. Quand la doctrine italienne des statuts reparaît chez les auteurs du XVe et du XVIe siècles, elle est imparfaitement connue. Et comme il ne s'agit plus de professeurs ou d'ecclésiastiques vivant dans les pays de droit écrit, mais de praticiens qui habitent dans les pays de coutumes, — elle s'est altérée au contact des idées féodales, et du droit coutumier. Parmi les auteurs de cette époque, les seuls, à notre connaissance, qui aient traité — fort incidemment — des conflits de statuts ou de coutumes en matière pénale sont *Masuer*, *Chasseneuz* et *Dumoulin*.

Jean Masuer, jurisconsulte d'Auvergne, mort après 1449 (1), est l'auteur d'un ouvrage intitulé *Practica forensis*, *Practica senescalliæ Alverniæ*, ou

(1) Pour la biographie de Masuer, v. Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, 1888 p. 208 ; Viollet, *Précis de l'histoire du droit français* Paris, 1883, p. 165.

encore *Viator juris civilis*, qui concerne plus spécialement le droit de l'Auvergne et du Bourbonnais, et dont il nous est parvenu plusieurs éditions, en français ou en latin (1).

Au titre VIII de son ouvrage intitulé « *Des Renvois* » *Masuer* déclare préférer à toute autre, en matière criminelle, la compétence du juge naturel, par où il faut entendre : le juge du domicile.

« Aussi en matière criminelle intentée criminellement, l'on ne fait renvoy de la cause au lieu du délit : ains si le délinquant, qui est d'une autre justice, est prins au lieu du mesfait, il doit être renvoyé par devant son juge ordinaire, sauf s'il estoit prins en flagrant délict ou de chaude suite. Et le doit-on faire ainsi, si le Seigneur ou son Procureur requiert qu'il soit renvoyé par devant son Juge, auquel cas n'est besoin d'adveu par la Coustume comme en matière civile (2) ».

C'est la pure doctrine féodale. Pourtant Masuer, en note, la met sous le patronage de Bartole et de Cinus, qui, commentant certains textes du Code et des Novelles, attribuent compétence au *judex domicilii*.

Au titre XLII « *Des statuts et coutumes* », Masuer se demande si les forains et *estrangers* sont soumis au statut local. Il renvoie sur ce point à l'opinion de Cinus et de Jean Fabre, qu'il cite en marge :

« Mais à sçavoir si les forains et estrangers sont liez et astraincts aux statuts de quelque ville ou cité, quant aux délicts et contracts est noté aux textes cottez en la marge (Cinus in l. 1, C. *de summa trinit.*, et Joann., Fab., *ibid.*). Finablement l'on a toujours esgard à la coustume du lieu, auquel est située la chose contentieuse » (3).

Dans l'édition de 1606, l'annotateur, Fontanon, résume ainsi l'opinion de Cinus, à laquelle il est fait renvoi : « Cinus, au lieu allégué au texte, traicte fort diffusément cette question, et réfère plusieurs opinions qui ne sont conformes et semblables : finablement pour le regard des délicts, il résout la question par cette distinction que si la coustume ou statut regarde l'utilité publique, comme, pour exemple, si elle défendait de vendre du poisson mort et choses semblables, en ce cas, elle lie et adstraint tous étrangers. Mais si

(1) Nous citons d'après l'édition suivante : *la Practique de Masuer*, ancien jurisconsulte et practicien de France, mise en français par Antoine Fontanon, advocat au Parlement, Paris 1606.

(2) Masuer, *op. cit.*, p. 133.

(3) Masuer, *op. cit.*, p. 627.

elle ne regarde l'utilité publique, en ce cas, il tient qu'elle ne peut obliger ny lier ».

Sur cette question capitale des conflits de statuts ou de coutumes, Masuer renvoie donc uniquement à Cinus et à Jean Fabre. Il ne cite pas Bartole, dont il connaît cependant les écrits. Suivant la juste observation de M. Lainé (1), il ne semble pas s'être rendu compte de leur importance en ce qui concerne le conflit des lois; ou peut-être, dominé par les idées féodales de son pays et de son temps, refuse-t-il de s'associer aux progrès qui se sont réalisés en Italie dans la théorie des statuts. Aussi est-il douteux que l'opinion de Cinus, telle que Fontanon l'a rapportée, soit celle à laquelle Masuer a entendu se rapporter. Fontanon écrit au XVIIe siècle, alors que l'œuvre d'unification entreprise par la Royauté a abouti, et a fait admettre le principe de la compétence territoriale. Mais si l'on rapproche les passages précités du titre VIII et du titre XLII, il n'est pas douteux que Masuer ait entendu consacrer, pour les aubains et les estrangers eux-mêmes, la compétence préférable du juge et du statut du domicile réel; ce sera, plus tard, l'opinion défendue par d'Argentré. Respectueux des droits de l'Église, résolu à sauvegarder les privilèges de la juridiction ecclésiastique, comme il l'a montré dans d'autres passages, Masuer est aussi le défenseur de la tradition féodale. C'est l'idée de réalité, et non celle de territorialité qu'il a voulu probablement exprimer par cette formule dont on remarquera la concision extrême et l'allure embarrassée : « *Finablement*, l'on a tousjours esgard à la coustume du lieu auquel est située *la chose contentieuse* ». — Et l'autorité du droit romain, celle des auteurs italiens ne sont invoquées par lui que pour la forme.

La vie et l'œuvre de *Chasseneuz* (2) témoignent au contraire que les relations intellectuelles de la France avec l'Italie ont repris leur activité à la fin du XVe siècle.

Bartholomæus a Chassanæo, né en 1480 près d'Autun, commença ses études de droit à l'Université de Dôle, les poursuivit à l'Université de Poitiers « qui était alors fameuse ». Son biographe et compatriote, le président Bouhier (*Histoire des commentateurs de la Coutume du Duché de Bourgogne*, au tome I des *Œuvres de Jurisprudence*) nous apprend qu'elles s'achevèrent « suivant l'usage de ce temps là » dans les Universités d'Italie.

(1) Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 209.
(2) Pour la biographie de Chasseneuz, v. Lainé, *Introduction*, p. 211.

Chasseneuz, après un séjour de courte durée à Turin, se rendit à Pavie, où il était attiré « par les grands noms de Jason Maynus, Philippe Decius, François et Roch de Curte et Charles Ruinus ». C'est là qu'il prit le grade de docteur. Il fut avocat au barreau d'Autun et mourut Président du Parlement d'Aix, en 1541.

« Chasseneuz, dit M. Lainé (1), rapporta d'Italie, non seulement des habitudes de style, mais aussi la connaissance de la doctrine italienne des statuts. Il en fit fréquemment usage dans son commentaire de la coutume de Bourgogne. et dans ses consultations. Mais, soit que ce sujet lui eût paru secondaire, soit qu'il n'eût pu trouver, comme on le fit plus tard, le moyen d'en rattacher l'ensemble au commentaire d'une coutume, il n'essaya pas de le traiter sous la forme d'une théorie ».

C'est dans son commentaire de la coutume du Duché de Bourgogne (2), au titre « *Des Justices et Droits d'icelles* », sous la rubrique « Si aucun commet simple larrecin » que Chasseneuz est amené à traiter des questions de compétence pénale. Au temps où il écrit, le duché de Bourgogne est rattaché à la Couronne, au lieu que la Franche-Comté (Comitatus Burgundiæ) est dans l'obédience de l'Archiduc. Que l'auteur d'un vol commis en Franche-Comté se réfugie dans le duché de Bourgogne, et s'y rende coupable de nouveaux méfaits : alors surgissent les conflits que Chasseneuz s'attache à résoudre, sous l'inspiration de Bartole et de ses successeurs (3).

Si l'auteur du délit commis hors du duché est un « civis » originaire de Bourgogne ou domicilié en Bourgogne, pourra-t-il être poursuivi dans le Duché? Les auteurs distinguent parfois, suivant qu'il s'agit d'une poursuite *per viam accusationis* ou *per modum inquisitionis*. De plus, il existe une divergence entre Bartole et Balde, le premier soutenant que le juge saisi appliquera le *statutum loci*, tandis que pour le second, le juge ne tiendra compte que de sa loi propre. Chasseneuz ne se prononce pas nettement sur cette dernière controverse, quoiqu'il semble pencher vers l'opinion de Balde. Mais il admet, avec la *communis opinio*, que la poursuite est possible, aussi bien *per viam accusationis* que *per modum*

(1) Lainé, *Introduction*, *loc. cit.*

(2) *Barthol. Chassanæo* jurisconsulti clarissimi, *Commentarii in Consuetudines Ducatus Burgundiæ fereque totius Galliæ*, Lugduni, 1574.

(3) « Pone, aliquis commisit unum furtum in comitatu Burgundiæ quod est territorium aliud et diversum a territorio ducatus Burgundiæ. Postea venit in hanc civitatem Heduer... quæ est in territorio ducatus Burgundiæ, et in dicta civitate committit aliud furtum... » (*op. cit.*, col. 158).

inquisitionis (1). — Si au contraire l'auteur du délit n'est ni originaire de Bourgogne, ni domicilié dans le duché, le juge bourguignon est incompétent. A la même époque, en Italie, Farinacius justifie cette incompétence, et excuse l'impunité qui en résulte par la distinction subtile : *Non deficit jus, sed jurisdictio*. Chasseneuz, visiblement embarrassé, observe assez gauchement que, selon toutes les apparences, le délinquant commettra de nouveaux délits qui l'exposeront enfin au châtiment qu'il mérite. D'ailleurs, il est dans l'ordre naturel que certains méfaits restent impunis en ce monde. Sinon, à quoi serviraient l'enfer et le purgatoire (2)? N'oublions pas enfin les exceptions admises par Bartole, par la *communis opinio*, et auxquelles Chasseneuz ne manque pas de donner son adhésion : celle concernant le vagabond qui, s'il n'y a *remissio* au *judex loci delicti*, sera jugé partout où on le trouvera ; celle concernant le voleur qui sera jugé partout où il sera saisi en possession de la chose volée (3).

Si l'inculpé, auteur d'un délit à l'étranger, commet un nouveau délit sur le territoire, sera-t-il tenu compte, pour l'aggravation de la peine, de l'infraction précédente? (On sait que le récidiviste du vol doit être pendu). Chasseneuz l'admet très largement. Il l'admet

(1) « Tu dic quod etiam idem est si per modum inquisitionis in cive, ratione originis vel domicilii. Ita per plura tenent ibi Bartolus, Baldus, et multi alii Et ista est communis, a qua non recedas. Addunt tamen unum quod pœna delicti debet imponi secundum statutum vel observantiam loci delicti, si quæ sit specialis, non secundum observantiam loci inquisitionis. Sed hoc ultimum ibidem non tenet Baldus, tamen tenet quod tutior est opinio quod procedi possit per viam inquisitionis, et punitio fieri per judicem proprium, non attentata qualitate loci delicti, sed attentata qualitate personæ, quæ esset affecta propter delictum et obligatio sequitur delinquentem, quia noxa caput sequitur » (*op. cit.*, col. 158).

(2) « Finaliter tamen punietur in hoc seculo vel alio, quia si differatur ejus punitio ad tempus, non propterea impunitus abibit, juxta dictum Catonis moralis dicentis, nolo putes pravos homines peccata lucari. Temporibus peccata latent. et tempore patent. Nam aut repertus hic committit aliud, et tunc alia commissa aggravabunt istud ut infrà dicam. Aut abstinet ab aliis delictis, et bene vivit in hoc seculo, adhuc tamen non remanebit delictum impunitum. Deus enim nullum malum impunitum relinquit... Nec omnia delicta quæ in hoc seculo perpretantur puniri possunt hic, alias frustra esset purgatorium et infernus » (*op. cit.*, col. 159).

(3) « Limita prædicta duabus limitationibus. Primo in vagabundo, quia in casu ubi non fit remissio ad locum delicti, quod quando fiat et quando non dicam infrà in tit. *de advenis*, tunc puniri potest ubicumque inventus fuerit. Limita secundo, non habere locum in crimine furti, tenendo opinionem Bartoli » (*op. cit.*, col. 159).

en effet, suivant la pratique et la doctrine italienne, sans distinguer si le délit antérieur a fait ou non l'objet d'une condamnation, s'il y a récidive ou simple réitération (1). Il se demande même, ce qui est étrange, si *l'inquisitio* poursuivie à l'étranger ne doit pas suffire à faire regarder l'inculpé comme un récidiviste, malgré l'absolution qui aurait terminé le procès. En définitive, il résout la question par la négative (2). Il s'éloigne de *l'opinio communis* — telle qu'elle s'est formée, en Italie, au XVIe siècle — lorsqu'il admet qu'un décret de grâce, intervenu à l'étranger, exclut l'aggravation de la récidive, parce qu'il voit dans la grâce une *restitutio in integrum* qui rétablit le condamné dans son état antérieur (3). Et il s'éloigne aussi de la *communis opinio* — ou, du moins, il tranche une question vivement controversée, lorsqu'il étend, sans paraître hésiter, les effets de la récidive au délinquant étranger. Mais alors, se demande-t-il, le juge local appliquera-t-il l'aggravation suivant sa loi propre, ou, plutôt, l'aggravation sera-t-elle subordonnée à la disposition conforme du droit commun, ou du droit personnel de l'inculpé? Chasseneuz ne s'est pas prononcé nettement sur ce point (4); mais il semble incliner vers l'exclusion de la loi territoriale.

Au titre « *Des Confiscations* » Chasseneuz s'occupe enfin de l'effet extraterritorial des sentences répressives qui ordonnent la saisie et la vente forcée des biens. Il l'exclut, dans les rapports entre pays soumis à un pouvoir politique distinct (*bursæ fiscales distinctæ*) tels que le Royaume de France vis-à-vis de la Franche-Comté ou des autres États qui ne lui sont pas soumis. A l'intérieur d'un même État, il se rattache à la distinction de Bartole, et n'admet l'effet extraterritorial de la confiscation que si elle est

(1) « Modo si aliquis alibi fecit plura furta, et hic unum tantum, tunc propter furta alibi commissa hic acrius punitur, quia suspenditur. Furta enim alibi commissa qualificant furtum factum hic, ut acrius puniatur » (*op. cit.*, col. 159).

(2) « Non enim quis effectualiter delictum commisit, si ex eo fuerit absolutus... » (*op. cit.*, col. 159).

(3) « Sic ergo si princeps quem restituat, videtur ipsum facere talem, qualis erat ante delictum consummatum, et tunc non erit fienda computatio de aliquo delicto » (*op. cit.*, col. 179).

(4) « Quid dicendum est de forensi qui commisit secundum furtum in hac patria? An punietur pœna nostra consuetudinaria et sic ad mortem; an secundum dispositionem juris scripti, scilicet illius juris cujus est origine? Dominus meus Jas. post Bartolum et alios plene disputat in l. *cunctos populos* ubi videtur tenere quod non sit puniendus pœna nostræ consuetudinis, sed pœna juris communis » (*op. cit.*, col. 180).

prononcée en vertu du droit commun, ou — ajoute Chasseneuz — d'une *lex specialis* (sans doute une disposition de la coutume ou une ordonnance royale) qui serait commune au lieu du jugement et au lieu de la situation des biens (1). Mais, par une décision finale qui paraît en contradiction avec les motifs des précédentes, Chasseneuz admet, sans indiquer aucune limitation, l'effet extraterritorial de la sentence, toutes les fois que le juge s'est prononcé formellement à ce sujet (2).

Autant Masuer était imbu des idées féodales, autant Chasseneuz, un siècle plus tard, s'en est affranchi. Le seul vestige qu'on puisse en trouver dans les solutions précédentes est la prépondérance du *forum domicilii* que Chasseneuz admet, puisqu'il ne parle nullement d'une rémission obligatoire au *judex loci delicti* (3). Hors de là, c'est la doctrine des statuts qu'il suit, avec des hésitations, des obscurités, des incohérences toutes les fois qu'il n'est pas en présence d'une *communis opinio*, à laquelle il manque rarement de se rallier. Seulement, on peut relever chez lui une tendance certaine à élargir la compétence des juridictions royales, ainsi qu'à étendre les effets de leurs jugements.

L'évolution qui se dessine de Masuer à Chasseneuz se prolonge dans l'œuvre de *Dumoulin* (4). S'il y a lieu d'exprimer un regret, c'est que le grand jurisconsulte du XVIe siècle, qui fut un des der-

(1) « Dicendum est quod si judices confiscant bona alicujus in Burgundia, secundum jus commune, omnia bona illius ubicumque existentia sub regno Franciæ sunt confiscata, et applicantur fisco ut vult Baldus... Sed fit executio per illum judicem ubi sunt bona. Aut confiscatio fit secundum constitutionem vel leges speciales, ut est hic in casu nostro : et tunc, aut illa lex specialis est in omnibus locis ubi sunt bona, et tunc confiscatio extenditur ad omnia illa loca et bona ibidem existentia » (*op. cit.*, col. 373).

(2) « Sed hoc est verum quando confiscantur bona simpliciter, sed quid si dicatur, confiscamus omnia bona ubicumque existentia an comprehendantur existentia in territorio alieno, in quo non erunt leges speciales, virtute quarum fiet dicta confiscatio, expresse disponendo de illis ? Dic quod sic » (*op. cit.*, col. 373).

(3) Chasseneuz atteste au contraire que, de son temps, l'usage au royaume de France n'est pas que la *remissio* soit accordée par le *judex domicilii* au *judex loci* (Chasseneuz, *Commentarii in consuetudines...*, Rubr. 12, § 1, gl. 1, n. 14, cité par Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. 51, n. 132). — Chasseneuz est à cet égard, en parfait accord avec Clarus.

(4) V. Brodeau, *La vie de Maistre Charles du Molin* (*Opera Molinæi*, tome I de l'édition de Paris, 1581); Lainé, *Introduction*, p. 223.

niers représentants de l'école italienne dont il a suivi et perfectionné les doctrines, mais aussi l'un des hommes qui contribuèrent le plus efficacement, sur le terrain du droit, à cette unification du Royaume qu'il a appelée de ses vœux, n'ait consacré qu'un court passage aux questions de compétence pénale.

Charles Dumoulin (Carolus Molinæus) né à Paris en 1500, mort en 1566, fut avocat au Parlement de Paris, et l'auteur, en dehors des consultations qu'il donna dans d'importants procès, d'immenses travaux tant sur les coutumes que sur le droit romain. Ce fut lors de sa retraite à Tubingue, en 1554, que, devenu professeur à l'Université de cette ville, il commenta, sous forme de leçons, les six premiers livres du Code.

Comme la plupart des juristes de l'École italienne, c'est au cours de son commentaire du titre *De summa trinitate et fide catholica* à propos de la loi *Cunctos populos* (1) que Dumoulin a exposé l'ensemble de sa doctrine sur les conflits de statuts et de coutumes. Il leur a consacré trois dissertations, dont la seconde, la plus courte, la seule qui nous occupe, est intitulée *De delictis*. Dumoulin, dans ces dissertations, a suivi le plan des Maîtres de l'École italienne, Bartole, Balde, Salicet, Jason, Decius dont il a les écrits sous les yeux : mais il a connu aussi les travaux de ses prédécesseurs en France, en particulier de Jean Fabre et de Chasseneuz.

La question que Dumoulin examine, sous le titre *De delictis*, est la question bien connue de savoir si l'étranger qui commet un délit sur le territoire est soumis à l'application du statut local. D'accord avec la Doctrine italienne, la réponse qu'il donne, en principe, est affirmative. Sa première raison, également dictée par la tradition italienne, est que l'étranger qui commet un délit sur le territoire est soumis, par là même, à la *juridictio loci* (2). C'est l'abandon des idées féodales, que Chasseneuz avait suivies sur ce point. Le caractère principal de la compétence du *forum loci delicti* est affirmée. Et la compétence du juge local détermine l'application du *statutum loci*.

Mais Dumoulin fait intervenir un autre argument, plus intéressant, parce qu'il se relie à l'idée qui constitue toute l'originalité de sa doctrine sur les conflits de statuts. Par la commission du délit,

(1) *Caroli Molinæi, Franciæ et Germaniæ celeberrimi jurisconsulti et in supremo Parisiorum senatu antiqui advocati omnia quæ extant Opera, tomus tertius. Parisiis. 1681.*

(2) « Ratione delicti sortitur forum, et efficitur subditus jurisdiotioni loci » *op. cit.*, p. 557.

l'étranger *s'est obligé tacitement* à en subir les conséquences, telles qu'elles doivent se produire d'après le statut local (1). C'est l'idée d'une soumission tacite de l'étranger au *statutum loci* : on a peut-être exagéré le mérite de Dumoulin lorsqu'on lui en a reconnu la paternité. Elle se trouvait, en germe, dans le rapprochement que les postglossateurs avaent établi, bien avant Bartole, au point de vue de la compétence statutaire, entre les contrats et les délits (2). Plus tard, Rochus Curtius avait déclaré que les parties contractantes se soumettent tacitement à la loi du lieu où elles contractent (3). Et, sur la matière des délits, Balde n'avait-il pas dit, en termes qui excluent toute équivoque : Eo enim ipso quod delinquunt, impliciter in pœnam consentiunt ? (4). — Mais, à ce principe d'autonomie de la volonté, qu'il n'a pas inventé, Dumoulin a donné une richesse d'applications qu'il ne comportait pas avant lui. Et sa doctrine a d'autant mieux retenu l'attention, qu'elle allait à l'encontre de la tradition féodale, qui faisait de l'homme l'accessoire, et par conséquent l'esclave du sol. Avec Dumoulin, c'est l'individualisme qui pénètre à nouveau les règles sur la compétence pénale, et, avec l'individualisme, l'idée de justice.

Quant aux conséquences, Dumoulin se rattache à la distinction traditionnelle de l'École italienne, suivant que le délit commis par l'étranger est ou non prévu par le droit commun. Dans le premier cas, la peine établie par le statut sera infligée, — et c'était bien l'*opinio communis* — à moins, ajoute Dumoulin, que cette peine ne soit exorbitante, très supérieure à celle du droit commun, auquel cas le délinquant sera réputé avoir ignoré la disposition du statut (5). Mais on refusera le bénéfice de cette présomption bienveillante au délinquant d'habitude, à l'auteur d'un délit commis avec circonstances aggravantes, à celui qui a séjourné assez longtemps sur le territoire pour avoir eu, selon toute probabilité, connaissance de la loi (6). Pour la durée du séjour qui servira de base à cette

(1) « Secundo : quia dando operam rei illicitæ, censetur se obligare ad id quod inde consequitur, et illi imputatur » (*op. cit.*, p. 557).

(2) *Suprà*, p. 117.

(3) *Suprà*, p. 157.

(4) *Suprà*, p. 157, note 1.

(5) « Limito, nisi pœna esset exorbitans et multum excedens pœnam juris communis, quia tunc exterus probabiliter ignorans, quod præsumitur..... non debet puniri illa pæna, sed pœna juris communis, nisi concurrente consuetudine delinquendi, vel alia atrocitate delicti... » (*op. cit.*, p. 557).

(6) « Præsumitur autem id ex longe conversatione in eodem loco, quod est in

présomption, Dumoulin, écartant l'opinion de Jason, s'en rapporte à l'appréciation du juge. — Dans la seconde alternative, s'agissant d'un fait qui n'est pas prévu et incriminé par le droit commun, l'étranger échappera à toute répression, s'il a ignoré la disposition du statut. Même s'il l'a connue, il ne sera frappé d'aucune peine, s'il n'a pas eu l'intention coupable, s'il n'a pas voulu contrevenir au statut et témoigner ainsi de son mépris pour la coutume locale (1).

En définitive, Dumoulin se distingue de ses prédécesseurs, Masuer et Chasseneuz, par la netteté supérieure, et l'enchaînement plus rigoureux des solutions qu'il propose. Ces solutions sont empruntées, sauf quelques variantes, à la doctrine italienne. L'originalité de l'auteur réside dans la prépondérance qu'il accorde à l'élément *psychologique*. L'application du statut local est justifiée par la *soumission tacite* du délinquant à ce statut. Elle est écartée, exceptionnellement, dans les cas où son *ignorance* est présumée. Elle s'impose, au contraire, toutes les fois que le délinquant a prouvé, par son acte, son *intention* de braver le statut local. Ainsi, les idées de Dumoulin, sur la compétence pénale, se rattachent étroitement à sa doctrine sur l'autonomie de la volonté.

Section II

Les progrès de la Monarchie et l'affirmation de la compétence territoriale.

Sommaire. — Le développement de la vie municipale. — Compétence territoriale des juridictions municipales: privilège personnel des habitants de certaines villes; empiètements de la Royauté. — Restriction des privilèges juridictionnels de l'Église. Subordination progressive des cours féodales. — Prépondérance des juridictions royales à ressort territorial. — Le droit des ordonnances consacre la compétence principale du *judex delicti*. — Cette solution est en harmonie avec les progrès et les caractères de la procédure inquisitoire.

A cette évolution des Doctrines correspond une transformation parallèle qui s'est réalisée dans les faits, et qu'il est facile d'observer, du XIVe au XVIe siècle. La décadence de la féodalité, l'affaiblis-

judicis arbitrio, quamvis Jaso... dicit spatium anni sufficere; et idem in novo cive » (*op. cit.*, p. 557).

(1) « In peregrino sciente consideranda est qualitas facti; an habuerit animum delinquendi, vel statutum contemnendi et quatenus » (*op. cit.*, p. 557).

sement du pouvoir politique de l'Église, l'affranchissement progressif des communes vis-à-vis des seigneurs et leur subordination au pouvoir royal furent des causes de centralisation. Or, l'effet immédiat de cette centralisation, à l'égard de la compétence pénale, fut la substitution à la compétence personnelle, qui était précédemment la règle, d'une compétence territoriale.

La vie municipale ne s'est jamais complètement éteinte dans le Midi. Les cités y possèdent des *consuls*, qui sont, en même temps que les administrateurs, les juges ordinaires. Au XIIe siècle, les seigneurs ont, auprès de ces consuls, leurs officiers ou représentants; et le particularisme local se fortifie, au contact des idées féodales (1). — Les villes du Centre, dont Bourges est le type, tout en étant justiciables du seigneur ou du roi, possèdent des juridictions municipales; elles ont obtenu des chartes, leur assurant que le *præpositus* s'adjoindra un certain nombre de « prud'hommes, *boni homines*, *probi homines* », pris parmi les bourgeois, et souvent élus par eux. Ces chartes contiennent souvent une sorte de Code pénal, approprié aux coutumes et aux habitudes des localités. — Dans le Nord, plusieurs villes — Lille, Douai, Arras, Saint-Omer, Thérouane — jouissent de privilèges plus étendus, qui résultent, pour elles, soit de la tradition (villes d'échevinage) soit d'une charte (villes de communes) : on a supposé que dans ces contrées, où la population germanique est très dense, l'administration de la justice par des *scabini*, comme à l'époque carolingienne, a dû se continuer sans interruption. — Lorsqu'un « aubain » commettait un délit sur le territoire d'une de ces villes, les mêmes questions que dans les rapports entre les villes italiennes ont dû se poser. Il est naturel de penser que, dans le Midi surtout, à partir du XIIIe siècle, la Doctrine des Statuts a dû exercer son influence sur la manière dont elles étaient envisagées et résolues.

Ce qui est certain, c'est le caractère *territorial* de la compétence que possèdent ces juridictions municipales (2). Parfois, la charte réserve au bourgeois d'une ville, poursuivi en matière criminelle, le droit d'être assigné devant la juridiction de sa cité, quel que soit le lieu du délit, que l'accusateur soit un bourgeois ou un étranger;

(1) Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882, p. 16 et s.

(2) Testaud, *Des juridictions municipales en France*, Paris, 1901, p. 113.

elle établit à son profit quelque chose d'analogue au « jugement par les pairs » des féodaux (1). Mais aussi, l'étranger qui commet un délit dans l'intérieur de la banlieue « infra banleucam » est jugé par le tribunal municipal (2). Cela ne souffre aucune difficulté si le coupable est pris sur le fait. S'il s'est enfui, on le cite; s'il ne comparaît pas, on lui interdit l'accès de la ville. Même on voit apparaître, dans les chartes, des moyens de contrainte plus énergiques, qui sont de véritables faits de guerre. Si le malfaiteur s'est réfugié quelque part, on le réclame, et, en cas de refus, on le saisit comme on peut. Si le récalcitrant a une maison dans le voisinage, on va l'assiéger et la démolir (3).

(1) De nombreux textes des Ordonnances accordent aux bourgeois le droit de décliner toute compétence autre que celle des juges de leur cité. Ordonnance concernant Fleurence (1351) (*Ordonnances des roys de France*, IV, p. 95) : *Habitatoribus ipsius in perpetuum auctoritate regia de nostra plenitudine potestatis et gratia speciali concessimus atque concedimus per præsentes, quod pro quibuscumque contractibus vel delictis per eos aut eorum aliquem in dicta villa vel ejus pertinentiis celebratis aut perpetratis vel etiam celebrandis seu perpetrandis alibi quam in villa hujusmodi vel ejus pertinentiis, nisi in casu superioritatis vel ressorti... de cetero non trahantur.* — Des privilèges analogues existent au profit des bourgeois de Saint-Omer (Ord. IV, p. 254), Laon, Montdidier, Château-Thierry, etc. (Testaud, *op. cit.*, p. 114). D'après les *statuts municipaux* de Nice, les juges de la ville sont compétents à l'égard des délits commis hors du territoire de la ville et de sa banlieue, *par un bourgeois au préjudice d'un autre bourgeois* (Molinier, *Nouv. Rev. histor. du droit français et étranger*, t. VII, 1861, p. 303; Testaud, *op. cit.*, p. 113).

Lorsqu'un bourgeois était « empêché » en sa personne en « autrui justice » et se réclamait de sa bourgeoisie, le prévôt de la ville se transportait devant le gouverneur de cette justice, et requérait la « cognoissance » de l'affaire. — Pour la procédure, v. Bernard, *De l'Extradition*, t. I, p. 112.

(2) La compétence strictement territoriale est consacrée par les statuts de la commune du Val Rosemont (Haute-Alsace) : *De plus, lesdits justiciers ont ce privilège qu'en cas un étranger fût mis aux prisons pour crime, et qu'icelui fût répété par son seigneur, iceux ne seront tenus de lui laisser ensuivre le prisonnier, et de même lesdits jurés ne seront obligés de répéter un des leurs qui serait aux prisons d'un seigneur étranger ni de le faire élargir* (Bonvalot, *Revue historique de droit français*, 1865, p. 481; Bernard, *De l'extradition*, t. I, p. 112). L'article 14 des mêmes statuts organise, après trois assignations successives demeurées sans résultat, la condamnation par contumace.

(3) Les droits municipaux contiennent parfois des dispositions rigoureuses à l'égard des étrangers qui auraient causé quelque dommage à un habitant de la cité. On doit mentionner, dans cet ordre d'idées, le statut de Montpellier de 1204, article 29 : *Le seigneur de Montpellier, ni quelque autre par son ordre, ne doit donner de sauf-conduit ni de sauvegarde à aucun homme, fût-il Chevalier ou Clerc, qui aurait blessé, tué ou ravi des biens de quelque habitant*

Lorsqu'à partir du XIVe siècle, la souveraineté des villes de communes fut mise en échec par le pouvoir royal, il n'en résulta ni la suppression des juridictions municipales, ni aucune atteinte à leur compétence territoriale. Mais le Roi se les subordonna en s'arrogeant en fait, sinon toujours en droit, la nomination des officiers municipaux, et en soumettant leurs décisions à l'appel, qui fut porté devant les Parlements.

L'élargissement du pouvoir royal entraînait, à la même époque, la restriction des privilèges juridictionnels de l'Église. L'évolution, à cet égard, est plus importante au point de vue qui nous occupe, puisque ces privilèges avaient, en général, un caractère *personnel*. L'immunité des Églises, soustraites à la juridiction laïque par l'exercice du droit d'asile, était battue en brèche dès le XIIIe siècle : il y avait alors des catégories de criminels — elles devinrent de plus en plus nombreuses — que l'asile ne protégeait plus (1) ; enfin le droit d'asile dans les Églises fut aboli définitivement, par l'Ordonnance de 1539 (art. 166) (2). La théorie des *cas royaux*, en formation au XIVe siècle, fit soustraire à la compétence ecclésiastique, d'abord les délits pour lesquels l'Église n'avait qu'une compétence concurrente : l'adultère, l'usure, la fornication des laïques ; puis ceux mêmes qui concernaient directement la foi et la religion, lorsqu'ils troublaient en même temps la tranquillité de l'État (3). Et c'est ainsi qu'au XVIe siècle les Réformés, perturbateurs du repos public, séditieux et rebelles envers le Roi dont ils violaient les ordonnances, furent soumis, exclusivement, à la juridiction laïque (4). — Le privilège personnel de clergie, qui est le principal rempart de la juridiction ecclésiastique, a mieux résisté ;

de Montpellier, sans le consentement de la personne lésée ou celui de ses héritiers. Et si l'offenseur entre dans Montpellier sans ce consentement, l'offensé a plein pouvoir de se venger de sa propre autorité, sans être tenu à aucune satisfaction, ni envers lui, ni envers le seigneur, ni envers la Cour... (Aigrefeuille, *Histoire de Montpellier*, t. I, p. 663). Dispositions analogues dans des statuts de Perpignan (XIIIe siècle), et la charte de Saint-Gaudens de 1345 (Mondon, *La grande charte de Saint-Gaudens* [1910], p. 33 et 121).

(1) Beaumanoir, XI, 15, 16, 17, 20, 21.

(2) Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 32 et suiv.; Bernard, *Traité de l'Extradition*, t. I, p. 213.

(3) Boutillier, *Somme rurale*, II, tit. 7 (Édition revue par Charondas le Caron, Lyon, 1621, p. 1230 et suiv.).

(4) Tanon, *Histoire des tribunaux de l'Inquisition en France*, Paris, 1893, p. 551 et suiv.

il n'a pas été abrogé par notre ancien droit. Mais, dès le XIV[e] siècle, Boutillier écrit : « Les clercs ne doibvent être connus pour causes qu'ils aient fors devant leur juge et prélat, soit la cause civile ou criminelle sinon en cause réelle ou en complainte de nouvelleté, en sauvegarde, enfreinte ou port d'armes, car, de ces cas, convient qu'ils répondent au juge laï » (1). La liste des *cas privilégiés* finit par comprendre tous les crimes et délits importants. Plus tard, Muyart de Vouglans en énumérera 15 établis par les Ordonnances, 28 que la jurisprudence a déterminés.

Le triomphe du pouvoir royal sur la juridiction personnelle des Cours féodales a été plus rapide à la fois, et plus complet. Aidé par l'ingéniosité des légistes, il a pour instruments : la concession de plus en plus fréquente du *droit de bourgeoisie personnelle* qui soustrait le bénéficiaire à la compétence de son seigneur, et lui permet de n'être poursuivi criminellement, sauf au cas de flagrant délit, que devant les juges royaux (2); la théorie des *cas royaux*

(1) Boutillier, *Somme rurale*, II, tit. 7, p. 1240.

(2) Le privilège des bourgeois du Roi est affirmé dans les *Établissements de saint Louis*, II, 31 : « Et se aucun bers ou aucun vavasors qui ait joutise en sa terre semont ou fait semondre l'ome le Roi, l'hom le Roi n'est pas tenuz à aler par devant aus ne à lor ajournement, se il n'est couchanz et levanz ou cuer de lor chastel, ou s'il ne tient d'aus. Ne dou fait de son cors ne de ses mueblès, ne de ses choses, il ne se joutisera pas par aus. Ne il ne ont prise, ne joutise, ne segnorie en l'ome le roi, s'il n'est pris en presant fait. Et se il nie le présent, la gent le Roi en ont la quenoissance et la saisine... ».

Ainsi, l'homme du Roi ne peut être poursuivi, civilement ou pénalement, que devant les juridictions royales. Il n'en est autrement que si le procès concerne un héritage situé en la justice du seigneur, ou si le délinquant a été pris en flagrant délit. Dans ces deux cas, le seigneur paraît conserver sur le litige une sorte de *possession* qui lui assure la préférence. La question de savoir s'il y a eu flagrant délit est résolue, en cas de contestation, par la justice royale. *Établissements de saint Louis*, II, 2 : « Se aucune joutise prant i home le roi, *ou un sienjoutisable qu'au Roi s'avoe*, à quelque meffet que ce soit, en présant fait, en sa joutise ou en sa segnorie, et il nie le présant, la joutise qui le sigra si provra le present par devant lagent le roi. Et si en seront en saisine la gent le roi avant tote evre... ». — Doit-on conclure de ce passage que les privilèges attachés à la bourgeoisie du Roi appartiennent à tout individu qui, par une simple déclaration, s'est « avoué au Roi », s'est « recommandé de lui », lui a rendu un hommage personnel? — V. à ce sujet, en sens opposés : Bernard, *De l'Extradition*, t. I, p. 106; Chabrun, *Les bourgeois du Roi*, Paris, 1908, p. 15 et suiv.

En tous cas, de tels privilèges de juridiction ont été souvent accordés, a titre collectif, aux habitants des villes. Après les textes mentionnés plus haut (p. 198, n. 1) une ordonnance de Louis XI, du 9 novembre 1465, citée par

mal définis, mais de plus en plus nombreux (1) — Boutillier cite déjà : le port d'armes, la connaissance et punition des bannis du Royaume, les crimes commis par des officiers et serviteurs royaux, les crimes de lèse-majesté, etc., etc. — qui doivent venir en première instance devant les officiers du Roi, baillis et sénéchaux; la théorie de la *prévention*, qui, partant du principe que toute justice émane du Roi, permet aux officiers royaux d'invoquer la moindre négligence des justices seigneuriales pour se saisir des affaires rentrant dans leur compétence personnelle; enfin, et surtout, l'institution de *l'appel*. A l'appel de défaut de droit, ou de faux jugement, qui avait un caractère personnel, qui se vidait par le duel judiciaire, succède, sous l'influence du droit romain et du droit canonique, la voie de recours qui, portant l'affaire, par les degrés successifs de la hiérarchie féodale jusqu'aux juridictions royales, c'est-à-dire jusqu'au bailli ou sénéchal, et enfin au Parlement, prive les justices seigneuriales de leur *souveraineté*.

Eh bien! Comment s'achève, au regard de la compétence, cette évolution qui enlève aux juridictions ecclésiastiques ou féodales, leur autorité et la plupart de leurs attributions? Le résultat se caractérise d'un mot : c'est la substitution, au principe personnel (Église) ou réel (féodalité) du principe territorial. C'est la prépondérance acquise, au préjudice du *forum domicilii*, par le *forum loci delicti* (2). Après des résistances et des vicissitudes, la solution

Ferrière, sous l'article 112 de la coutume de Paris, dispose : *Les bourgeois, citoyens et habitants de la ville de Paris, qui est la principale et la capitale du Royaume, ont été par les prédécesseurs Rois gardés et tenus à tel usage et coutume qu'ils n'ont pu être tirez hors des murs et clôtures de Paris, pour quelconques citations, ajournements, délits ou autres causes que ce soient, ny tenus de subir aucune juridiction hors desdits murs et clôtures, et de procéder ailleurs qu'en ladite ville, s'il ne leur plaist.*

(1) Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 21 et suiv. L'influence de la théorie des cas royaux sur le développement du pouvoir monarchique est contestée par Perrot, *Les cas royaux*, Paris, 1910, p. 317 et suiv.

(2) L'évolution est favorisée par les légistes qui puisent dans les textes romains non seulement la compétence principale du *judex delicti*, mais aussi la compétence subsidiaire du *judex deprehensionis*, et qui s'attachent à orienter dans ce sens la pratique de leur temps. Ainsi le *Conseil de Pierre de Fontaines* (1253), chap. XXXI. « Li empereor Senons et Antoine dient : Il assez seue chose que les questions des crimes, qui selonc les lois doivent estre amendées par les juges, doivent estre terminées là où li crieme sont fait, ou là où li plet sont comenciée *ou là où cil sont trouvé qui sont colpable del crime*. Là où li crime sont fait doivent li maufetor estre jugié ».

A la fin du XIIIe siècle, dans son livre sur la *Coutume de Beauvoisis*, Beauma-

l'emporte à la fin du XVIe siècle, où elle est consacrée par un texte — car les textes des ordonnances royales jalonnent cette évolution. En 1303, une ordonnance de Philippe le Bel décide *quod in causa criminali nulla fiat personæ remissio per gentes nostros extra loca et castra bajuliarum nostrarum, ubi delictum commissum.* Puis, après une résistance des seigneurs, deux ordonnances, cédant à leurs sollicitations, rétablissent la compétence du *judex domicilii :* celles du 15 mai 1315 (art. 3), et de juin 1319 (art. 7) : *Nul... ne pourra être tiré de son domicile pour aller par-devant le bailly.* Au XVe siècle, l'ordonnance de Montil-les-Tours, de 1453, marque la fin du pouvoir féodal : *Voulons que les crimes soient punis par là où ils auront été commis* (art. 29). Au XVIe siècle, après l'ordonnance de 1539 qui abolit le droit d'asile dans les Églises (art. 166) après l'ordonnance de Roussillon (1564) aux termes de laquelle la compétence territoriale s'exerce du moment que la capture s'est effectuée sur le lieu du délit, alors même qu'il s'est écoulé un certain temps depuis l'infraction (art. 19) vient la grande Ordonnance de 1566. Elle reproduit le principe, et elle exige : *que la connaissance des délits appartienne aux juges des lieux où ils auront été commis, nonobstant que le prisonnier ne soit supris en flagrant délit. Et sera tenu le juge du domicile de renvoyer le délinquant au lieu du délit, s'il en est requis* (art. 35).

Comment la centralisation du pouvoir judiciaire aux mains des Rois a-t-elle déterminé la territorialité de la compétence pénale? C'est ce qu'un coup d'œil jeté sur l'organisation des juridictions royales suffira à faire comprendre.

L'évolution qui mène de l'anarchie moyenâgeuse à la constitution définitive des juridictions pénales de l'Ancien Régime présente, en raccourci, les caractères suivants. D'*ambulantes* qu'elles étaient d'abord, les juridictions deviennent *sédentaires.* Leur ressort, dans la mesure où il se précise, devient exclusivement *terri-*

noir insiste à plusieurs reprises (XXX, 81, 85; XXXI, 14) sur la possibilité de juger le coupable au lieu d'arrestation, non seulement lorsqu'il est pris en flagrant delit, ou poursuivi par la clameur publique, mais encore, lorsqu'il s'agit d'un larron, saisi en possession de l'objet volé (Cf. ci-dessus, p. 96, n. 5).

Au XVe siècle, la *Somme rurale*, de Boutillier : livre I, titre 34 : « Selon l'usage de Cour laye, et mesmement selon droit écrit, où les crimes sont faicts et perpètres, la doivent estre punis, et suppose qu'apprèhendés soient en aucune juridiction, pour ce si il y est répondu en cognaissant ou en niant, ou mis en enqueste, là faut déterminer la chose. Car selon la loi où les plaids sont encommencés, la doibvent estre perfinez. C. *ubi de crim.* ».

torial. Enfin, leur compétence est fixée *in rem* et non plus *in personam*.

Sous la Monarchie capétienne, le prévôt (*præpositus*) est le seul juge local (1); mais un juge dont les attributions réelles, dans le ressort territorial où s'étend sa compétence, sont restreintes par un grand nombre de privilèges *personnels* : privilèges de clergie, privilèges des bourgeois de villes ayant obtenu le droit de justice; privilèges des vassaux du Roi, petits ou grands, épars dans le domaine, qui sont justiciables de la *curia regis*. Et le bailli, dont l'institution définitive date de la fin du XIIe siècle (2), le bailli qui joue le rôle de supérieur et de surveillant du prévot, et qui, par l'exercice du droit de prévention, lui enlève la connaissance de tous les procès pénaux de quelque importance, le bailli est un magistrat itinérant. Sa juridiction s'exerce au moyen d'Assises tenues dans les diverses localités de sa circonscription : « En assises, écrit Boutillier (3), doibvent estre tous procez décidez si faire se peut bonnement, tout crime connu et pugny, tout bannissement accompli... Si doit estre chascun ouy en sa complainte soit sur nobles, non nobles, soit sur officiers, sergents ou autres,... et est entendue assise aussi comme purge de tous faiz advenus au pays... ».

Or, qu'arrive-t-il? Lorsque, par l'admission des cas royaux qui affaiblissent les privilèges de clergie, par l'institution de l'appel contre les décisions des prévôts ou des juridictions seigneuriales qui est porté devant le bailli, la compétence de celui-ci s'élargit, l'organisation de son tribunal se complique aussi par l'adjonction d'auxiliaires qui sont d'abord ses préposés, puis ses subordonnés (4), et qui le privent enfin de toutes ses attributions judiciaires. Cette complication du tribunal de bailliage se concilie difficilement avec la pratique des Assises; leur nombre va diminuant de la fin du XIIIe au XVIe siècle (5). Le bailli était d'abord un magistrat itinérant; le lieutenant général, les lieutenants particuliers, le

(1) Esmein, *Cours élément. d'histoire du droit français*, 11e éd., 1912, p. 408; Viollet, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, t. III, Paris, 1903.

(2) Dupont-Ferrier, *Les officiers royaux des bailliages et senéchaussées, et les institutions monarchiques locales en France à la fin du Moyen âge* (Paris, 1902).

(3) Boutillier, *Somme rurale*, l. I, tit. 3, p. 25.

(4) Un édit de 1496, dans son article 27, cité par Guyot, *Répertoire*, v° *Bailli*, interdit aux baillis de les destituer. Cf. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 34 et suiv.

(5) Dupont-Ferrier, *Les officiers royaux*, p. 320.

lieutenant criminel créé par Henri II en 1522 sont sédentaires (1).

A plus forte raison, en est-il ainsi de ces bailliages à compétence élargie, qu'on appelle les *présidiaux* (2), et des Parlements; pourtant, c'est seulement sous Philippe le Bel, en 1302, que le Parlement de Paris est devenu sédentaire (3).

On comprend le lien qui existe entre le caractère sédentaire des juridictions royales d'une part, et d'autre part, la limitation de leur ressort, la territorialité de leur compétence. A l'origine, la compétence des baillis, en nombre très restreint, ne devait s'arrêter qu'aux limites du domaine royal; Boutillier dit seulement, à la suite d'un passage précité (4) : « Ne doibt estre assise tenue en nulle terre, fors en la terre où le souverain, de par qui l'assise est tenue, a justice sans moyen. Car en autre terre ne la peut ne doibt tenir le Souverain baillif ». Mais quand les lieutenants particuliers furent créés, ils furent institués, nous est-il dit (5), *en chaque siège d'assise*, pour remplacer au besoin le bailli ou le sénéchal. C'est donc *ratione loci*, et non *ratione materiæ* que la répartition des tâches s'est d'abord effectuée entre eux. L'augmentation du nombre des bailliages, plus que proportionnelle à l'extension territoriale du Royaume, n'a pu qu'accentuer cette localisation des compétences.

C'est par l'annexion de grands fiefs à la Couronne que s'explique, en général, l'établissement à partir du XIVe siècle (6) des Parlements provinciaux qui succèdent aux juridictions supérieures des anciennes seigneuries. Leur compétence territoriale se trouvait naturellement définie par leur origine, quoique le Parlement de

(1) On créa aussi des *assesseurs criminels*, qui « ont le droit d'assister aux jugements que rendent les lieutenants criminels et de les remplacer dans leurs fonctions » (Muyart de Vouglans, *Institutes*, p. 149).

(2) Dupont-Ferrier, *op. cit.*, p. 324.

(3) Esmein, *op. cit.*, p. 424; Luchaire, *Recherches sur l'organisation du Parlement de Paris au XVIe siècle* (1515-1580). *Nouvelle revue historique*, 1912.

(4) Boutillier, *Somme rurale*, I, chap. III, p. 9.

(5) Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, 1757, p. 149 et suiv.

(6) Création, en 1302, du Parlement de Toulouse, qui succède au Parlement seigneurial du Languedoc; en 1451, du Parlement de Grenoble, qui succède au conseil delphinal; en 1462, du Parlement de Bordeaux qui succède au Sénéchal de Guyenne; en 1476, du Parlement de Dijon, qui succède à la Cour supérieure des Ducs de Bourgogne; en 1499, du Parlement de Rouen, qui succède à la juridiction de l'Echiquier, etc. Cf. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 11e édit., 1912, p. 436.

Paris, les considérant volontiers comme des intrus, ait affecté parfois de l'ignorer (1).

La plupart des juridictions d'exception pourvues d'attributions en matière pénale, telles que les amirautés, les juges consuls, ont aussi, en général, un ressort territorial défini.

Sans doute, l'agrandissement du Royaume, l'accroissement du nombre des procès ont rendu nécessaire une autre sorte de spécialisation des juges. La création en 1522, du lieutenant criminel de bailliage, le développement des juridictions d'exception en apportent la preuve. Mais c'est un dernier trait caractéristique des juridictions royales que cette répartition se soit faite *ratione materiæ* et non en considération de la qualité des personnes. La règle est d'une application générale aux juridictions de droit commun. A l'égard des juridictions d'exception, elle ne comporte qu'une dérogation apparente. Il s'agit des *prévôts des maréchaux* (2), dont la juridiction d'abord exclusivement personnelle, relative aux délits commis par les vagabonds et gens sans aveu, s'étendit aussi, *ratione delicti*, à tous les *cas prévotaux* vis-à-vis desquels les présidiaux reçurent une compétence concurrente : attentats contre la sécurité publique, excès commis sur les grands chemins, à main armée (3). Par une évolution parallèle, les prévôts des maréchaux, d'abord institués pour suivre les armées sans circonscriptions déterminées, furent répartis entre les provinces qui limitaient, territorialement, leur compétence (4).

(1) Dupont-Ferrier, *op. cit.*, p. 412.

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 444; Guyot, *Répertoire*, v° *Prévôt des Maréchaux*.

(3) L'Édit de Charles IX (1564) fixa définitivement la juridiction des prévôts des maréchaux. Article 3 : *Auront lesdits prévôts et leurs lieutenants cognaissance de tous les délits commis par les gens de guerre au camp et à la suite d'icelui : sacrilège avec fracture; agressions faites avec port d'armes tant à la ville qu'aux champs; comme aussi entre tous vagabonds, gens sans aveu, bannis et essorillez, crimes de fausse monnaie, soit contre les domiciliez ou non.* Les sièges présidiaux peuvent connaitre des cas prévotaux par prévention (art. 14). V. le procès-verbal des Conférences de l'Ordonnance de 1670, p. 29, cité par Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 39 et suiv. — Sur la compétence réelle des *maitres des eaux et forêts*, appelés à connaitre de toute cause civile et criminelle touchant les eaux et forêts, v. Perrot, *Cas royaux*, p. 280.

(4) En 1494, Louis XI permet au prévôt des maréchaux de commettre dans *chaque province* un gentilhomme pour le représenter, avec pouvoir d'assembler, selon les occasions, les autres nobles et gens du pays pour s'opposer aux gens de guerre, aventuriers et vagabonds débandés des armées, courant les champs,

On se rend compte, en définitive, de l'*unité* que présentent les caractères de la juridiction royale, tels qu'ils se sont précisés, avec le temps. Une compétence fondée sur la nature de l'affaire, et non sur la qualité de la personne, pouvait seule se concilier avec le principe territorial. Et celui-ci s'est imposé, pratiquement, le jour où les tribunaux ont été contraints, par leur importance, par la complexité de leur organisation, à devenir sédentaires. Ces caractères s'opposent, sur tous les points, à ceux que revêtaient, précédemment, les juridictions féodales. Aussi, s'explique-t-on que le plus essentiel d'entre eux, la territorialité de la compétence, consacré par les ordonnances dont on a rappelé les dates, pût paraître aux féodaux, sur le terrain de la juridiction, comme l'affirmation d'un triomphe du pouvoir royal.

Il existe un parallélisme certain entre le développement de la compétence territoriale et les progrès de la procédure inquisitoire.

C'est pour le cas de flagrant délit que, dans le courant du XIIIe siècle, la compétence exceptionnelle du *judex loci* a été d'abord reconnue (1); mais précisément, dans ce cas, le juge est admis à se saisir lui-même, ce qui est le trait essentiel de l'*inquisitio* (2). Et comme, à l'égard de la compétence, il y a assimilation au flagrant délit du cas où le malfaiteur est poursuivi par la clameur publique, de même, dans les cas graves, quand il n'y a pas plainte de parents ou d'amis, le juge prend l'initiative de recueillir des témoignages : c'est *l'enqueste du pays* (3), d'où procé-

volant et opprimant le peuple, les prendre et saisir au corps, et les rendre aux baillis et sénéchaux pour en faire justice (Guyot, *Répertoire*, v° *Prévôt des Maréchaux*).

(1) Beaumanoir, X, 9, XXX, 81, 85, XXX, 14. *Suprà*, p. 96.

(2) Beaumanoir, VI, 12, distingue deux manières de former une demande : l'accusation et la dénonciation : « L'autre voie qui est fete de dénonciation, si est d'autre manière. Car cel qui dénonce, il ne convient pas qu'il se face droitement partie, onchois pot dire en ceste manière : « Sire, je voz dénonce que Jehans a fet tel fet qui apartient à voz à vengier, comme à bone justice ». ... Car tel fet, qui sont si apert, doivent estre vengé par l'office au juge, tout soit ce que nus ne s'en face partie droitement ».

(3) « Se li hons ou la femme qui occise sera n'a paranz ne amis qui l'en puisse vengier, lis rois puet demander et metre en poine, c'est selon ce qu'il aprendra, son dampnement don cors » (*Livre de Jostice et de Plet*, XIX, 45, § 1). Cf. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 51 et suiv.

dera l'*aprise* (1), également inspirée par les usages de l'Église (2).

L'admission de la compétence territoriale s'est heurtée à des résistances féodales. La procédure inquisitoire lésait les mêmes intérêts, et a rencontré les mêmes obstacles. Deux ordonnances de 1315 reconnaissent le privilège des nobles de Champagne et de Bourgogne : elle ne peut être dirigée contre eux (3). La très ancienne coutume de Bretagne atteste que la procédure inquisitoire, sous la forme originaire de l'aprise, n'a été introduite d'abord que timidement, pour les crimes de sang (4).

La procédure inquisitoire a triomphé vers la fin du xv[e] et au début du xvi[e] siècle, en même temps que le caractère principal de la compétence territoriale était définitivement reconnu. C'est alors qu'elle est réglementée par les ordonnances royales : l'ordonnance de 1498 qui distingue, dans le procès pénal, suivant qu'il est procédé par la voie « ordinaire » ou « accusatoire » ou par la voie extraordinaire, destinée à devenir, de beaucoup, la plus fréquente ; l'ordonnance de 1539 qui fait de l'instruction écrite, secrète, non contradictoire, confiée au lieutenant criminel du bailliage, la partie essentielle du procès ; l'ordonnance de 1566, qui prévoit la procédure et la condamnation par contumace.

Au surplus, comment s'étonner de ce développement parallèle? Le caractère prépondérant de la compétence territoriale est attaché à la formation historique et au progrès des juridictions *royales* : l'apparition et la prédominance de la procédure inquisitoire reposent sur l'intérêt du *Roi* à répression. La même idée explique tous les caractères qu'elles a progressivement revêtus, et qui se sont affirmés, définitivement, dans le cours du xvi[e] siècle.

D'abord, *l'absence de contradiction véritable.* Sous le régime féodal, le procès pénal est un duel entre deux parties privées, donc *égales*, également

(1) Elle est réglementée d'abord par l'ordonnance de 1254 destinée à la réformation des mœurs dans le Languedoc et le Languedoïl. Article 21 : *Et quia in dictis seneschallis secundum jura et terræ consuetudinem fit inquisitio in criminibus, volumus et mandamus quod reo petenti acta inquisitionis tradantur ex integro.*

(2) Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 73 et suiv.

(3) Boutillier (*Somme Rurale*, I, titre 34, p. 382) indique que les mêmes privilèges existent pour les nobles d'Artois. « Si sachez que par les coutumes d'Artois et de plusieurs lieux, gentilhomme ne s'y met en enqueste, ne doit mettre, n'estre oppressé de lui mettre si il ne le requiert ».

(4) « Et aussi doit et peut justice procéder de toute action où il y a par violence sang d'homme ou de femme espandu » (*Très ancienne coutume de Bretagne*, chap. 115).

admises à apporter des preuves, et à faire entendre des témoins. Le trait essentiel de la procédure inquisitoire est la faculté, pour le juge, de se saisir lui-même. Cette faculté, il la conserve, alors même qu'il s'est constitué, au xive siècle, un corps de magistrats, les Procureurs du Roi, chargés de dénoncer les crimes, parfois de procéder à l'information en vertu d'une commission contenue dans des lettres royaux (ordonnance de 1344, art. 7) et de provoquer l'enquête (promovere inquestas fieri) (1) au cours de laquelle les témoins sont entendus en présence de l'accusé. Mais l'information, faite par le lieutenant criminel, finit par absorber l'enquête, les témoins ne furent entendus qu'en l'absence de l'inculpé, et celui-ci ne fut admis à combattre leurs témoignages qu'en formulant des *reproches* ou établissant des *faits justificatifs*, à la preuve desquels il devait être autorisé par le juge (ordonnance de 1539). Dès lors, toute égalité entre l'inculpé et la partie publique avait disparu (2).

C'est ensuite le caractère *secret* de la procédure, inséparable du précédent. L'ordonnance de 1254, réglementant l'aprise, voulait encore que toutes les pièces de l'information fussent communiquées à l'inculpé, sur sa demande. Mais plus tard cette obligation fut supprimée, l'information n'étant communiquée qu'au Procureur du Roi. L'inculpé, interrogé, dans la seconde partie de la procédure par le *siège assemblé*, formé du lieutenant et de ses assesseurs, combattait des dépositions dont il n'avait qu'une connaissance indirecte et incomplète. Les arrêts cessèrent d'être motivés; la publicité même de la sentence disparut.

C'est enfin la *cruauté* des procédés d'information, parmi lesquels la torture, que le droit romain et les lois germaniques réservaient aux esclaves, et qui était étrangère à la tradition féodale (3), joue un rôle prépondérant (4).

Ces caractères, qui seraient étranges dans un procès entre deux parties privées, s'expliquent uniquement par l'intérêt du Roi, représentant le bien public, à ce que tous les crimes soient connus et révélés, tous les malfaiteurs contraints à l'expiation. Et c'est pourquoi, aussi, la fuite de l'inculpé ne doit pas le soustraire à la répression. La condamnation par contumace était étrangère au droit de l'époque féodale (5). La procédure du « forbanissement » réservée aux cas les plus graves, au « grand criminel » se terminait par une sorte de « mise hors la loi » qui n'était pas une condamnation véritable (6). C'est au contraire une condamnation

(1) V. cependant Tanon, *Histoire de l'Inquisition*, p. 363 et suiv.

(2) Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 93 et suiv.

(3) Ordonnance de 1347, citée par Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 100 et suiv. Cf. Fournier, *Les officialités au Moyen âge*.

(4) Sur l'ordonnance de 1539, v. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 139 et suiv.

(5) Bernard, *Traité de l'Extradition*, t. I, p. 97.

(6) Beaumanoir, LXI, 21, 23. Le bannissement ne pouvait être prononcé que

suivie de confiscation des biens qui résulte du système organisé par les ordonnances de 1539 et de 1566 (1).

On s'étonne aujourd'hui que la procédure inquisitoire, avec ses injustices, ses abus, ses innommables cruautés, pût convenir à une société à qui la Renaissance devait communiquer certains raffinements d'idées et de sentiments. C'est un fait cependant que la procédure « extraordinaire » (2) put devenir, en réalité, la procédure ordinaire du Royaume, sans provoquer au XVIe siècle, malgré quelques critiques isolées de Dumoulin, autre chose que des mouvements d'approbation et d'enthousiasme, comme ceux qui se produisirent à Blois en 1576 et en 1588, lors de la réunion des États généraux. Elle répondait, comme l'admission des règles nouvelles de compétence, au besoin d'ordre, de centralisation, d'autorité, qui était général dans le pays, et qui rendait toutes autres considérations secondaires. Ce sentiment public devait paralyser l'effort de réaction féodale qui marqua la fin du XVIe siècle, et qui trouva son expression la plus éloquente dans l'œuvre de Bertrand d'Argentré.

Section III

Un dernier essai de réaction féodale. Bertrand d'Argentré et la compétence fondée sur le domicile.

Sommaire. — Causes historiques de la réaction féodale qui marque la fin du XVIe siècle. — La réformation des coutumes. Le droit romain cesse d'être regardé comme *le droit commun du royaume*. — Guy Coquille et Bertrand d'Argentré, réagissant contre le droit des Ordonnances, préconisent la compétence principale du *judex domicilii*. — Même solution dans les coutumes réformées. — Répartition des statuts en deux classes : caractère personnel des statuts pénaux, effet personnel des sentences pénales. — Commentaire de la nouvelle coutume de Bretagne, par d'Argentré. — La compétence pénale

pour le territoire soumis à la juridiction du seigneur justicier (Beaumanoir, LXI, 22). Cf. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 60 et suiv.

(1) C'est l'*annotation*. L'ordonnance de 1566 (art. 28) décide que si la sentence porte confiscation ou amende, les contumax, faute de se représenter dans les cinq ans à compter du jour de la condamnation, perdront « non seulement les fruicts de leurs héritages, selon nos dictes ordonnances, mais encore la propriété de tous leurs biens adjugez par justice ».

(2) Elle avait eu, d'abord, un caractère exceptionnel. Damhouder, *Practica criminalis*, Pars. III, quæstio 103, n. 21 : « Nonnunquam proceditur ordinarie et secundum juris ordinem, et aliquando extraordinarie, id est juris ordine non servato ».

fondée sur l'attachement de l'homme au lieu de son domicile. — Compétence exceptionnelle du *forum delicti*. — Compétence très subsidiaire du *judex deprehensionis*. Interprétation, par Cujas et Doneau, du texte C. III, 15, 1.

La seconde partie du XVIe siècle est une période de troubles et d'anarchie. Le prestige de la Royauté qui, de Louis XI à François Ier, n'avait cessé de grandir, souffre de la politique incertaine et faible de leurs successeurs. Le peuple est irrité du luxe de la Cour et des princes qui contraste avec sa misère, occasionnée par les troubles persistants. En effet, l'esprit d'indépendance et de libre examen né de la Réforme paraît mettre en péril l'unité morale du Royaume. Par l'effet d'une répression tour à tour brutale et hésitante, sous François II, Charles IX, Henri III, les conjurations, les luttes civiles, les massacres se succèdent. A la faveur de ces troubles, la féodalité dont la puissance politique avait disparu, mais qui subsistait dans les mœurs, se réveille. Les guerres de religion sont un prétexte pour satisfaire les ambitions et les rancunes des « Politiques ». La constitution d'une « Ligue » de princes et de nobles, sous la direction des Guise, est une dernière manifestation de l'esprit féodal.

C'est un premier élément de particularisme. Un second élément vient de la rédaction des Coutumes.

Dumoulin et même Louis XI, si l'on en croit son historien Commines (1), avaient rêvé l'unité législative du royaume. Elle était loin de correspondre aux possibilités de l'époque ; mais le besoin partout ressenti était celui d'une précision plus grande des usages locaux, constatés seulement par quelques « coutumiers », œuvres privées, ou par les résultats d' « enquêtes par turbes ». Et lorsque ce besoin reçut satisfaction, d'abord, au début du XVIe siècle, par la rédaction d'un nombre important de coutumes, puis, dans la seconde partie du même siècle, par leur réformation, il résulta de cette codification un renforcement du droit local, au préjudice du droit romain qui, sous l'influence des légistes, tendait à devenir le droit commun du royaume. Ce mouvement apparaît dans certains passages d'un jurisconsulte de l'époque, *Guy Coquille*, commentateur de la coutume du Nivernais (1564), dont les vues indépendantes s'expriment dans une langue alerte et incisive (2). Dans la préface de son

(1) Lavisse et Rambaud, *Histoire générale du IVe siècle à nos jours*, t. III, 1894, p. 205.

(2) Guy Coquille, *Les coutumes des pays et comté de Nivernais*, p. 1 et suiv. *Œuvres*, Bordeaux, 1703, t. II. Cf. Lainé, *Introduction*, t. I, p. 297 et suiv.

livre, Guy Coquille s'élève contre l'assimilation, qu'ont faite notamment tous les disciples de l'école italienne, entre les conflits de statuts, tels qu'ils se produisaient en Italie, et les conflits de coutumes. Les conflits de statuts étaient examinés et résolus dans leurs rapports avec le droit romain, droit commun de l'Italie; et ces statuts, regardés comme exorbitants, étaient réputés de droit étroit. Toute autre est la situation des coutumes qui sont le seul droit civil du Royaume de France, le droit romain « ne servant que de raison » (1). Or, quelle est l'application de cette idée, à l'égard de la compétence ? C'est la prépondérance de la loi du domicile — idée féodale — toutes les fois qu'il s'agit « d'affaires qui dépendent des seules volontés et dispositions des personnes » : « Le droit romain n'est pas Loi à nous, et ne nous sert que de raison, et notre vrai droit civil et nos Loix sont nos coutumes : qui fait que les coutumes lient les volontez des personnes qui sont domiciliées au territoire des dites coutumes; et qu'ez affaires qui dépendent des seules volontez et dispositions des personnes, *il faut suivre les coutumes des lieux où les personnes sont domiciliées*, et non les coutumes des lieux où les biens sont assis » (2).

(1) « Les coutumes des provinces de France qu'on appelle coutumières sont leur vray Droit civil et commun.... Pourquoy j'estime que nos Docteurs François se mécomptent quand ils comparent nos coutumes aux statuts, dont les Docteurs ultramontains ont fait tant de décisions intriguées, comme si c'était un labyrinthe sans fil de conduite, auquel on s'égare quand on pense chercher l'issue, et qui peut se dire alambic à cerveaux. Car en Italie, le droit commun, c'est le même Droit Civil des Romains » (Guy Coquille, *op. cit.*, p. 1. et suiv.), Bodin, contemporain de Guy Coquille, affirme, avec une égale netteté, que le droit romain n'est pas le droit commun du Royaume : « Charles le Bel en ce Royaume fit défense d'alléguer les lois romaines contre les coutumes : ce qui est aussi porté par un ancien arrêt que j'ai lu aux registres de la Cour, par lequel cela est expressément défendu aux advocats, en trois mots : Li Advocats ne soyent si hardis de mettre droit escrit contre la coutume... Ce serait crime de lèze Majesté d'opposer le droit romain à l'ordonnance de son Prince... Tout ainsi que le Prince souverain n'est point tenu aux lois des Grecs, ny d'un estranger quel qu'il soit, ainsi n'est-il tenu aux lois des Romains, et moins qu'aux siennes, sinon en tant qu'elles sont conformes à la loy naturelle, qui est la loy à laquelle dit Pindare que tous Roys et Princes sont subjects » (Bodin, *Les six livres de la République*, Paris, 1583, liv. I, chap. VIII, p. 155).

(2) Guy Coquille, *Institution au droit des Français*, p. 2. *Œuvres*, Bordeaux, 1703, t. II. — Au reste, les coutumes rédigées au XVe et au début du XVIe siècle affirment elles-mêmes, en matière criminelle, la prépondérance du *forum domicilii*.

Bourgogne (1459), XII, 1 : « L'adveu emporte l'homme, quand il est détenu pour cas criminel, pour lequel punition corporelle se doit ensuir, et qu'il est

Enfin, il est arrivé que ces tendances nouvelles, féodales et décentralisatrices, ont trouvé leur expression éloquente dans les écrits d'un jurisconsulte breton de grand talent, *Bertrand d'Argentré* (1). Les œuvres de Chasseneuz et de Dumoulin lui-même n'étaient qu'un écho de la doctrine italienne. Avec d'Argentré, c'est la terre de France qui fait entendre sa voix. Si les idées qu'il représente traduisent un état social à la veille de disparaître, leur expression puise dans le génie personnel de l'auteur, dans l'envergure de sa pensée et la largeur de ses horizons, un renouveau de vigueur et d'intérêt.

Bertrand d'Argentré (*Bertrandus Argentræus*) (1519-1590) né à Vitré (Bretagne) d'une famille ancienne et noble, succéda à 28 ans à son père, dans la charge de président de la Sénéchaussée de Rennes, érigée, peu de temps après, en présidial. Il participa à la réformation de la coutume de Bretagne provoquée par ses écrits et accomplie en 1580, écrivit une histoire de Bretagne, et plusieurs ouvrages de droit : notamment son commentaire de la coutume de Bretagne, contenant sa dissertation *De statutis personalibus et realibus.*

Sa dissertation « *De statutis personalibus et realibus* » (2) est célèbre par la classification bipartite qu'elle introduit parmi les

prouvé suffisamment qu'il soit homme justiciable de celuy à qui il est advoué homme ».

Anjou (1508) : « Icelui Seigneur, duquel le malfaicteur n'est estagier, qui en aura entreprins la cognoissance, sera tenu le rendre audit voisin, de qui ledit malfaicteur sera estagier, s'il le requiert, en quelque estat que soit le procès, en payant les fraiz; mais si ledit délit a esté fait au pouvoir de celuy qui premier l'a approché, la cognoissance luy en demourera, et ne le rendra point audit voisin, duquel ledit malfaicteur est estagier ».

Coutume de Paris (1510), article 197 : « La cognoissance et punition des délits appartient au juge du domicile des délinquans, et non pas au juge où le délit a esté commis, quand il est requis par le juge du domicile, s'il n'y a cas privilégié ».

Dispositions analogues dans les coutumes d'Auxerre (1507), article 196 et 197. — Maine (1508), article 85. — Auvergne (1510), VII, 1, 2, 4. — Angoumois (1514). Cf. Kohler, *Internationales Strafrecht*, p. 49.

Enfin Clarus constate, au XVIe siècle encore, qu'il est d'usage en France, dans les rapports de droit interne, d'accorder la *remissio* au *judex domicilii :* « Dicit etiam Pract. Millei... quod de consuetudine Regni Franciæ non fit remissio ad judicem loci delicti, sed ad judicem ordinarium delinquentis, respectu originis vel domicilii, prout etiam attestatur Pontanus ». Clarus, *Sententiarum liber quintus de Maleficiis, quæstio 38*, n. 20).

(1) Sur d'Argentré, v. Lainé, *Introduction*, t. I, p. 311.

(2) Extraite de ses *Commentarii in patrias Britonum leges...*, 3e édit., 1621 sous l'article 218 de la Coutume.

coutumes — au point de vue de leur extension territoriale —, et qui est restée le trait dominant de la doctrine française des statuts représentée par d'Argentré, et, après lui, par ses disciples du XVIIIe siècle, Bouhier et Boullenois.

Bartole, pour déterminer le domaine d'application de chaque statut, envisageait le rapport de droit qu'il régit. Ainsi, il divisait les lois en plusieurs groupes, suivant qu'elles gouvernent l'état de la personne, la forme des actes, le régime des biens, les successions, les délits, etc., et pour chacun de ces groupes, il consacrait la solution que paraissaient dicter la raison et la justice (1). Ayant raillé et rejeté la méthode de Bartole (2), d'Argentré lui emprunte sa distinction des statuts personnels et des statuts réels, qu'il lui reproche — injustement d'ailleurs — d'avoir fondée sur un véritable jeu de mots (3). De cette division qui intervenait très accessoirement dans la doctrine italienne, et qui était loin d'embrasser tous les statuts, d'Argentré fait la base unique de son système. Il distingue, en conséquence :

1° Les statuts *personnels*, qui concernent principalement la personne, et la suivent hors du territoire où elle est domiciliée. Rentrent dans cette catégorie les statuts qui règlent d'une façon générale l'état et la capacité de la personne. Il en résulte notamment l'attribution d'un effet personnel à la sentence qui a prononcé contre une personne l'interdiction, ou l'excommunication, ou qui l'a marquée d'infamie (4). Rentrent aussi dans la catégorie des statuts personnels les statuts régissant les meubles qui « par suite de leur aptitude à être déplacés, ne peuvent être considérés comme ayant une situation » (5).

2° Les statuts *réels* qui concernent principalement les *choses*, et dont l'application est enfermée dans les limites du territoire. On y comprend non seulement ceux qui constituent le régime des biens,

(1) V. ci-dessus, p. 135.

(2) « ... Quidam scholastici scriptores suum illud Romanum (jus) privatim copiose et redundanter, sed et diffidiose vexasse videntur magis quam explicasse, fine tam vario disceptationum, sententiarum, casuum ut nemo talibus se Maeandris possit explicare... » (d'Argentré, *De statutis personalibus et realibus*, au début de l'ouvrage).

(3) V. ci-dessus, p. 134.

(4) *De statutis personalibus et realibus*, n. 30 : « Evenit ut affecta quocumque modo persona domicilii lege aut jure, ea perpetuo sic teneatur, ne ulla mutatione loci sese possit exuere; quare legibus domicilii infamatum quocumque locorum infamia sequitur et interdictum interdictio ».

(5) *De statutis personalibus et realibus*, n. 30.

ou des successions — mais encore ceux qui règlent l'état et la capacité des personnes dans leurs rapports avec les immeubles — mais enfin ceux qui modifient la capacité des personnes sur un point spécial, pour un acte particulier (1). Il suit de là que dans le système de d'Argentré, comme dans la doctrine italienne (2), la sentence pénale qui prive une personne d'une faculté particulière, comme de l'exercice d'une profession, serait dépourvue d'effet au dehors.

D'Argentré admet enfin une catégorie de statuts *mixtes*, ayant en vue à la fois la personne et la chose, et qu'il assimile, au point de vue de leur effet territorial, aux statuts *réels*. On reconnaît la terminologie appliquée jadis par Beaumanoir à la division des actions (3).

La catégorie des statuts réels se trouve, en définitive, plus nombreuse que celle des statuts personnels. On l'exprime en disant que, dans la doctrine française, la réalité est la règle, la personnalité l'exception (4). Ce principe se concilie, comme on l'a vu, avec la personnalité des sentences pénales qui n'entraînent ni la privation d'une faculté particulière, ni la confiscation d'un immeuble. Il paraît se concilier aussi avec la personnalité des lois pénales (5), puisque celles-ci règlent la condition de la personne « abstracte ab omni materia reali » (6). Il est à regretter que d'Argentré n'ait pas formulé cette application de son système (7).

(1) *De statutis*, n. 30 : « Quare statutum de bonis mobilibus vere personale est, et loco domicilii judicium sumit, et quodcumque judex domicilii de eo statuit ubique locum obtinet ».

(2) V. ci-dessus, p. 126, 148, 172.

(3) *Suprà*, p. 99, note 4.

(4) Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I (1888), p. 327.

(5) *De statutis*..., n. 16 : « Personale denique illud censendum est, quod personæ legem ponit, citra adjectionem aut subjectum reale, veluti ætatis, interdictionis, legitimationis, excommunicationis, infamationis ».

(6) V. ci-dessus, p. 99, n. 4.

(7) La pensée de d'Argentré se dégage pourtant, *a contrario*, des solutions qu'il propose, au sujet de deux statuts pénaux auxquels il attribue un effet territorial. Ces solutions ont pour lui un caractère exceptionnel, puisqu'il fait intervenir, pour les justifier, des considérations spéciales. C'est d'abord la disposition qui prive le meurtrier de ses droits héréditaires : elle a un effet réel, parce qu'elle concerne les immeubles : « Exempla poni possunt in eo qui alium interfecit, et statuto loci excluditur a successione. Negant enim a bonis in alio territorio sitis excludi » (d'Argentré, *op. cit.*, n. 16). C'est ensuite l'article 611 de la coutume de Bretagne qui permet d'infliger « une amende civile » au père, à raison d'un délit commis par son fils : « Itidem si statutum disponat patrem pro delicto filii teneri, ut hoc nostrum art. 611, id extra has metas et

Sa pensée au sujet de la compétence judiciaire s'exprime plus abondamment sous les articles IX et suivants de son commentaire de la *Coutume de Bretagne* (1). La rédaction officielle de cette coutume, faite quelques années auparavant, en 1539, avait consisté dans la revision et la réduction du vieux texte de la *très ancienne coutume de Bretagne*, œuvre privée datant de 1330 environ, et dont la 4e partie est un des meilleurs traités de la procédure criminelle au XIVe siècle.

On suivra le développement de la pensée de l'auteur dans l'ordre des articles de la coutume (titre I, *Des justices*, art. 9 et suiv.) auxquels elle s'attache.

Article IX. — *Tous domiciliaires et estagers peuvent être convenus par devant le juge de leur demeurance. Et est leur juge compétent pour raison de crimes et contracts, et en toutes actions personnelles dont la cognoissance appartient audit juge si le convenu et adjourné n'est personne privilégiée.*

C'est le principe féodal de la compétence principale fondée sur le domicile. Il est conforme à la tradition romaine de *l'ordo judiciorum* concernant l'exercice des actions personnelles. D'Argentré, qui connaît la doctrine italienne des statuts, sans s'asservir à elle, invoque l'opinion de ses principaux représentants, Balde, Alexander Imolensis, etc. Il ajoute que si parfois, avec ces auteurs, on doit admettre, en matière de contrats et de délits, la compétence fondée sur *le lieu*, cette solution qui s'appuie soit sur des considérations d'utilité publique et d'exemplarité, soit sur le consentement présumé des parties, est exceptionnelle ; elle déroge aux principes ordinaires du droit (2). Cette argumentation n'a rien de contraire sans doute à la pensée des rédacteurs de la Coutume de Bretagne, dont les origines ne sont pas purement féodales, mais aussi romaines et canoniques.

Britanniæ fines locum non habebit, intelligitur enim de delicto commisso intra territorium » (d'Argentré, *eod. loco*). L'effet territorial s'explique ici par le caractère odieux d'une disposition que d'Argentré critique, parce qu'elle méconnait le caractère personnel de la peine.

(1) Pedonensis provinciæ præsidis, *Commentarii in patrias Britonum leges seu consuetudines generales antiquissimi Ducatus Britanniæ*, 3e éd., 1621.

(2) « Quod si contractuum aut delictorum locis interdum reperiatur tribui Jurisdictionem, fit id contra juris ordinarias regulas, et utilitatis publicæ causa et singulari quodam jure, ne locis ubi admissa sunt exempla desint, et præsumpto consensu contrahentium in contractibus » (*op. cit.*, p. 27, n. 1).

Mais la pensée de d'Argentré, elle, s'inspire, avant tout, du droit féodal. Pour la bien saisir, il faut rapprocher ce passage de son *Commentaire* où il traite de la compétence judiciaire d'un texte déjà cité de sa dissertation *de statutis personalibus et realibus*, relatif à la compétence législative. Quel est alors le criterium? C'est encore le domicile qui le fournit. « Les personnes, écrit d'Argentré (1), ne sont pas enfermées dans les bornes des champs ni dans les murs des villes ; elles en peuvent sortir ; elles ont une liberté illimitée de changer de résidence ; elles n'ont d'attache qu'à leur domicile. Ce domicile lui-même ne dure qu'aussi longtemps qu'il leur plaît de le conserver. Mais lorsque quelqu'un a fixé son domicile en un certain lieu, tant qu'il ne l'aura pas transporté ailleurs, il ne lui suffira pas de s'en éloigner pour se soustraire aux lois qui y règnent. Il suit de là que la personne, une fois affectée d'un état quelconque par la loi ou par le droit de son domicile, y demeure perpétuellement soumise, ne peut plus s'en dégager par de simples changements de résidence ». — Ailleurs : « Lorsqu'il s'agit de la condition d'une personne ou de son aptitude à figurer dans les actes civils, il appartient pleinement aux autorités de son domicile, *qui l'ont en leur puissance*, de fixer son état, de manière qu'elle en jouisse et en demeure affectée, en quelque lieu qu'elle se rende » (2).

Donc, pour d'Argentré, le criterium de la compétence, judiciaire ou législative, lorsqu'il s'agit de la condition, de la personne, c'est le lien qui existe entre l'homme et son lieu d'attache, c'est-à-dire son domicile.

Après avoir cité les passages du Traité des statuts qu'on vient de lire, M. Lainé (3) s'étonne que Bertrand d'Argentré ait pu défendre, à la fois, ses idées sur l'effet extraterritorial du *statutum domicilii*, et le principe fondamental du droit féodal, qui serait la *territorialité de la coutume*. En admettant que la condition de la personne est régie par le statut du domicile, et qu'ainsi constituée, elle doit être reconnue partout, d'Argentré aurait obéi à des considérations tirées de la nature des choses et de la *justice*. Mais, ajoute M. Lainé, « on ne peut pas affirmer d'abord, d'une façon absolue, que le pouvoir du législateur s'arrête à sa frontière ; que les lois, toutes puissantes chez elles, ne sont rien ailleurs, et puis recon-

(1) *De statutis personalibus et realibus*, n. 12 et 13, cité par Lainé, *Introduction*, t. I, p. 320.

(2) *De statutis personalibus et realibus*, n. 4.

(3) Lainé, *Introduction*, t. I, p. 321 et suiv.

naître qu'il est juste et de droit que certaines dispositions de lois aient en tout lieu leur effet... Les deux règles simultanément admises par d'Argentré sont incompatibles, sa doctrine est contradictoire ». — Pour nous, la contradiction n'existe pas, parce que les deux termes que l'on oppose résultent d'une traduction inexacte de la pensée du jurisconsulte Breton. Expliquer par l'idée de *justice* l'effet extraterritorial de certains statuts, c'est une interprétation divinatoire : elle ne repose sur aucun texte précis de l'auteur (1). L'idée de justice inspire toute la doctrine des statuts ; mais elle est aussi absente des écrits de d'Argentré qu'elle est étrangère aux habitudes d'esprit féodales. D'autre part, la notion qui est la clef de voûte du système féodal n'est pas celle de la *territorialité*, mais, ce qui est bien différent, celle de l'attachement au sol. L'attachement au sol engendre la territorialité, sans doute, à l'égard des statuts régissant les immeubles dont la situation est fixe. Mais le lien fictif que le domicile crée entre la personne et un lieu donné n'engendre pas la territorialité du statut qui la régit, car la personne « n'est pas enfermée dans les bornes des champs ni dans les murs des villes ».

Qu'est-ce que le domicile ? Le domicile réel qui détermine la compétence judiciaire ne se confond pas avec le domicile d'origine sur lequel les jurisconsultes ont longuement disserté — fort inutilement, pense d'Argentré, puisqu'il cesse d'exercer une influence quelconque dès qu'il ne se confond pas avec le domicile de fait (2). Le domicile réel se distingue également de la simple présence momentanée dans le pays. Les « estagers » c'est-à-dire les gens qui n'ont, sur le territoire, qu'une simple résidence (domum), doivent être assignés, comme les domiciliaires, « par devant le juge de leur demeurance » (3). Enfin, le domicile dont il y a lieu de tenir compte n'est pas

(1) Le seul passage que cite M. Lainé en faveur de son interprétation contient l'observation, faite incidemment, et à propos d'une règle de droit interne, que l'intelligence des hommes parvient plus ou moins tôt à maturité, suivant les climats (*Commentarii in patrias Britonum leges*, tit. XXI, *De Minoribus, ad rubricam*, n. 4). Cf. Lainé, *Introduction*, t. I, p. 321.

(2) « ... Nam originis domicilium quod et naturale vocant nullo in usu fori est, si aliud ullum est, et frustra tot paginas occupat in libris Jurisconsultorum de immutabilitate ejus, de concursu cum aliis... » (*op. cit.*, p. 27, n. 2). « Quare cum domicilium dicimus simpliciter, de eo intelligimus quod sibi quisque constituit, et re et facto incolit » (*loc. cit.*).

(3) *Estagers :* « Hi sunt, qui domum intra cujusquam territorii fines habent, *tamet si in eo domicilium non habent*. Nam vox hæc a statione deducitur, vetus consuetudo verbo etiam utebatur, qui iidem cum domiciliariis erant. Namque sola domus possessio, id est in personalibus forum non tribuit » (*op. cit.*, p. 27, n. 2). — Chez Beaumanoir, où ce terme revient souvent, *l'estage* désigne la maison, le logement : *l'estagier*, *l'habitant*. L'*estage* désigne

celui que possédait l'inculpé au jour du délit, mais au jour de l'assignation (1).

La compétence du *judex domicilii* est donc le principe. Mais il y a des exceptions qui sont visées par les articles suivants de la coutume. Et, malheureusement, la tendance des Ordonnances récentes est d'élargir la portée de ces exceptions :

Article XII. — *Et aussi un délinquant non domiciliaire est justiciable du Juge du district et territoire auquel il a commis le délit pour raison d'iceluy délit, s'il est appréhendé audit lieu ou poursuivy promptement, qu'on appelle chaude poursuite, au cas que le juge est capable de la cognoissance du délit. Et où il ne serait dict capable, doit intimer la justice du seigneur suserain qui le doit et est tenu prendre pour le justicier et corriger, selon la qualité du délict, s'il n'estoit clerc, qui doit estre rendu au Juge d'Église.*

L'exception introduite, dans ces termes, par la coutume, est d'une portée restreinte. Elle vise seulement la cas de flagrant délit, et celui, assimilé au précédent, de « chaude poursuite ». Alors, le juge royal du lieu dispose d'une compétence concurrente, qu'il exercera par prévention, à moins qu'il ne s'agisse d'un délit réservé par sa nature à la justice du seigneur suzerain, ou d'un délit commis par un clerc, qui doit être rendu au Juge d'Église. Mais combien cette exception, elle-même embarrassée de restrictions, a été transformée par les récentes innovations législatives! C'est d'abord l'ordonnance de Charles IX, de 1564, dont l'article 19 donne la préférence au *judex delicti*, toutes les fois que le coupable a été arrêté au lieu du délit. C'est ensuite l'Ordonnance de 1566 dont l'article 35 réserve entièrement la compétence au juge du lieu, et impose même au juge du domicile l'obligation de lui livrer le délinquant (2). Devant ces changements, l'âme conservatrice du féodal se révolte. Que devient, dans ces conditions, l'article IX? Comment a-t-on pu admettre, sans protestation, une

aussi certaines obligations d'ordre militaire auxquelles l'estagier est astreint à raison de sa simple habitation sur le fief.

(1) « Porro, cum hic domicilium dicimus, de eo intelligitur quod quis habet eo tempore quo convenitur, etiam si aliud habuit delicti tempore... » (*op. cit.*, p. 29, n. 2).

(2) « Postremo Ordin. Molin, art. 35 praefracte et in totum Judici delicti attributa, addita etiam necessitate judici domiciliario remittendi ad delicti locum... » (*op. cit.*, p. 38, n. 1).

telle atteinte à la coutume? « C'estoit matière de remonstrances » (1). En présence de cette instabilité législative, de cet oubli et de ce mépris des choses anciennes, que faut-il augurer de l'avenir (2)?

La compétence du juge territorial s'exerce, en général, sans avoir égard à la qualité des personnes, que l'inculpé soit un magistrat, ou un *exemptus* (3). Elle s'exerce, toutes les fois que la poursuite est intentée par la voie extraordinaire, par la procédure inquisitoire (4). On revient, au contraire, à la compétence du *judex domicilii*, quand la poursuite est engagée par la partie lésée, suivant les règles de l'*accusation* (5).

Lorsqu'il existait une compétence concurrente du *judex domicilii* et du *judex loci*, notamment dans le cas où le délinquant, sur le

(1) « De quo mirum est cum promulgaretur tam evidenti consuetudinis offensa, non esse ad Regem relatum, c'estoit matière de remonstrances... » (*loc. cit.*).

(2) « Quid deinde futurum sit non libet augurari, nisi quod tam crebra legum mutatione, res per se loquitur, quid proficiatur cum veteres dediscuntur et obsolescunt, novæ irridentur... » (*loc. cit.*). — Le droit coutumier n'allait pas tarder à entrer dans la voie ouverte par les Ordonnances. Les Coutumes réformées consacrent une distinction entre les matières civiles et les matières criminelles, pour lesquelles le *forum delicti* obtient la prépondérance :

Coutume de Nivernais (1534), I, 28 : « Le sujet appellé devant autre juge en matière civile, qui demande son renvoi devant son seigneur justicier ès cas où renvoi a lieu et doit être octroyé, doit obtenir ledit renvoi, posé qu'il ne soit avoué sujet par son dit seigneur : en matière criminelle, *secus* ».

Coutume de Paris (1580), article 112. « Par privilège notoire des bourgeois de Paris *en matière civile* ne peuvent estre les bourgeois de ladite ville contraints plaider ne respondre en défendant ailleurs qu'en la ville de Paris, pour quelque cause et privilège que ce soit ».

Et la Coutume de Bretagne elle-même, réformée en 1580 (art. 11) : « Les délinquans non domiciliers sont justiciables du juge du distroict et territoire auquel ils ont commis le délit, pour raison d'icelui délit, s'ils sont appréhendez audit lieu, ou prévenus par décrets ou adjournemens exécutez, au cas que le Juge soit capable de la cognoissance dudit délit. Lequel Juge procedera contre lesdits délinquans, où ils ne comparaitraient ou ne pourraient être apprehendez, par défauts et contumaces jusque à sentence de forban; laquelle il sera tenu donner dedans quatre mois à compter du jour dudit délit. A faute de quoi, et ledit temps passé, le juge du domicile en pourra et devra connaître, faire justice selon l'exigence du cas, sans qu'il soit tenu en faire renvoi au juge du lieu du délit ».

(3) « Porro subjici delinquentes Judicibus delicti intellige etiam si magistratus sint... Adde et exemptos, et privilegiatos, in quibus tamen servandus privilegii tenor... » (*loc. cit.*).

(4) « Et vero cum tribui jurisdictionem Judici delicti statuimus, intellige si extraordinaria et, ut loquuntur, criminalis persecutio sit... » (*loc. cit.*, p. 38, n. 3).

(5) « Quod si civiliter ab initio de crimine agatur, actionum personalium locus spectandus erit, id est domicilium... » (*loc. cit.*).

point d'être arrêté en flagrant délit, avait pris la fuite et s'était réfugié au lieu de son domicile, on pouvait se demander comment se réglerait le conflit entre les deux juges, dont la compétence était concurrente. D'Argentré constate que la disposition nouvelle de l'Ordonnance de Moulins a supprimé la controverse, en donnant absolument la préférence au *judex loci delicti*. Elle renaît, toutefois, dans le conflit entre plusieurs juges, dont chacun peut se considérer comme le *judex delicti*. C'est le cas pour les délits à distance (si quis e territorio Rhedonensi sagitta in Nanetensi feriat) et pour les délits continus (in eo qui puellam alibi rapuit alibi stupravit). D'Argentré rappelle la *communis opinio* des juristes italiens, qui admet la compétence concurrente des divers juges, et qui décide que le conflit se résoudra par la *preventio* (1).

Une deuxième exception au principe fondamental de l'article IX est apportée par l'art. XIII de la coutume revisée :

Article XIII. *Et où le délinquant ne serait poursuivi au lieu où il a commis le délict, le juge du domicile le doit justicier : sinon que le délit fust commis en foire ou marché, où la chose emblée ou ravie fust apportée pour être vendue audit marché ou foire. Auquel cas la cognoissance en appartiendra au Juge dudit marché ou foire, si le délinquant n'est clerc.*

Le juge du domicile est compétent toutes les fois que le délinquant n'a pas été arrêté en flagrant délit, ou sur chaude poursuite, par le juge du délit. — Telle est la coutume. Mais, depuis l'ordonnance de Moulins, il faut dire : toutes les fois que le juge du délit n'a pas exercé son droit de prévention « par décret et exécution d'iceluy », et n'a pas exigé la remise de l'inculpé. Ainsi, la compétence du *judex domicilii* est devenue purement subsidiaire (2). — Or la coutume de Bretagne la met encore en échec, en admettant que si une chose « emblée ou ravie » fut apportée pour être vendue dans un marché ou une foire, « la cognoissance du délit appartiendra au juge du marché ou de la foire ».

D'Argentré estime que cette disposition est une addition inutile

(1) « Id magis ambiguum, si noxius captus non sit quia effugit, an et quomodo Jurisdictio præveniri possit, in quo traditur si pluribus judicibus cognitio ex æquo tribuatur de crimine, per citationem præveniri jurisdictionem... » (*loc. cit.* Cf. *suprà*, p. 181).

(2) « Sed hodie si Molinensis articulus obtinet, in totum Judicis delicti cognitio est » *op. cit.*, p. 39, n. 1).

et malheureuse des Rédacteurs de la Coutume de Bretagne (1). C'est une règle traditionnelle que le vol est réputé commis partout où le voleur est saisi en possession de l'objet dérobé. Il était donc superflu de formuler l'application particulière qui en est faite à l'objet volé et transporté sur le marché. En le faisant, les auteurs de cette disposition semblent avoir voulu exclure la règle dans sa portée générale.

La critique de d'Argentré, sur ce point, ne paraît pas irréfutable. La prévision spéciale du délit commis sur le marché a sa raison d'être, d'abord par l'attribution spéciale de compétence à un juge déterminé, qui n'est pas le juge ordinaire du lieu, mais un juge d'exception, le juge du marché (2). D'ailleurs, il ne suffit pas, pour que la solution s'applique, que l'objet ait été saisi au lieu du marché; il faut qu'il ait été apporté *pour être vendu;* en revanche, la Coutume n'exige pas que l'objet ait été saisi *sur le voleur.* La règle traditionnelle concernant le vol a été consacrée dans un esprit de défaveur envers une catégorie particulière de délinquants : *odio furum.* La disposition ci-dessus a pour but de contribuer à l'assainissement du marché. Cette disposition se trouvait déjà dans la *Très ancienne coutume de Bretagne*, et constituait alors une exception à la compétence exclusive du *judex domicilii* (3). A raison de son intérêt spécial, on la retrouve dans la coutume réformée en 1580, où elle constitue une application particulière de la compétence fondée sur le lieu du délit (4).

La compétence du *judex domicilii* est subsidiaire. Il existe une compétence *très subsidiaire*, qui est établie par l'article XIV de la coutume.

Article XIV. — *Si aucun délinquant est pris hors du lieu et distroict du délict et de son domicile par autre justice, et après l'avoir intimé aux juges des lieux du délict et domicile, iceux juges ne le veulent retirer pour le justicer, le juge qui l'a*

(1) «... Non potest non inconsiderate videri per hanc adversativam (sinon) exceptum de delicto in mercatu patrato, quod ipsa in regula erat comprehensum, nec quidquam speciale continet, nisi quod ad rem furtivam attinet, cujus contrectatione hic forum tribuit » (*op. cit.*, p. 39, n. 2).

(2) « Baldus... putat eum qui nundinis præest curare debere ne commeantes aliquid illicitum patiantur, et vulgo dicuntur in protectione et fide esse Domini mercatus... (*op. cit.*, p. 42).

(3) *Très ancienne coutume de Bretagne*, c. 137, éd. Planiol, p. 166.

(4) *Nouvelle coutume*, art. 12 : « Et si le delit est commis en foire ou marché, ou la chose dérobée ou ravie soit portée ou amenée audit marché ou foire, pour y être vendue ou déposée, la connoissance en appartiendra au Juge dudit marché ou foire, s'il n'y avait prévention ou poursuite criminelle faite par le juge dudit délit, jusque ausdits foire et marché ».

appréhendé le pourra et devra justicer et punir, selon le meffait et qualité du délit : si le délinquant n'est clerc.

Le but de cette disposition n'est pas douteux. Il s'agit d'assurer la répression, — ne maleficia sint impunita — à l'égard d'un délinquant qui ne serait jugé ni par le juge de son domicile, ni par celui du lieu du délit (1). Il suit de là que, pour l'application de l'article XIV, trois conditions sont requises.

Il faut supposer, d'abord, que ni le *judex domicilii*, ni le *judex loci delicti* ne se sont saisis, spontanément, de l'affaire.

Il faut supposer, en second lieu, que, le *judex deprehensionis* ayant offert de leur livrer le délinquant, ils n'ont pas accepté la *remissio*. On ne doit pas croire, cependant, remarque d'Argentré, que les juges compétents disposent, à cet égard, d'un pouvoir arbitraire. S'ils se refusent à juger, ils peuvent y être contraint par leurs supérieurs (2). En revanche, depuis l'Ordonnance de Moulins, il est inutile d'offrir la *remissio* au *judex domicilii*. Celui-ci ne serait-il pas obligé lui-même de livrer le délinquant au *judex delicti* (3)?

Mais si le délinquant exprime le désir d'être livré à son juge naturel (par où l'auteur doit certainement désigner le juge de son domicile) d'Argentré montre sa faveur pour cette dernière compétence en décidant qu'il sera déféré à ce désir (4).

A défaut des juges dont la compétence est préférable à la sienne, le *judex deprehensionis* statuera. — Il statuera, pour que la répression soit assurée (5).

(1) « Hic demum et postremo ordine Judex alienæ curæ succedit favore (ut loquuntur) delictorum coercendorum, cum cæteri officium non faciunt, ne delicta sint impunita » (*op. cit.*, p. 42).

(2) « Nam et repugnantes et inviti per superiorem cogi possunt crimen coercere » (*loc. cit.*).

(3) « Nunc ex illo art. Molinensis 35 soli Judici delicti denunciandum erit. Nam et ipse domicilii Judex, si haberet reum in potestate, remittere necesse haberet ex illo articulo » (*loc. cit.*).

(4) « Sed et si reus remitti se ad suum judicem postulet, mos ei gerendus erit » (*op. cit.*, p. 42, n. 4).

(5) D'Argentré, différent sur ce point de Chasseneuz, admet donc à titre très subsidiaire la compétence du *forum deprehensionis*. A la même époque, cette compétence était défendue par l'habile exégèse de deux grands romanistes, contemporains de d'Argentré, Cujas (1522-1590) et Doneau (1527-1591). Par une addition arbitraire au texte C. III, 15, 1, les glossateurs avaient substitué au tribunal du lieu d'arrestation (ubi reperiuntur) le tribunal du domicile (reperiuntur scilicet habere domicilium). V. ci-dessus, p. 106.

Cujas, le premier, signale l'erreur : « Non vera est glossæ et Odofredi

En définitive, la théorie de Bertrand d'Argentré sur la compétence pénale oscille entre ces deux idées :

d'une part, le lien d'assujettissement qui attache l'homme à son domicile réel, et qui le rend justiciable, pour les délits qu'il commet, en quelque lieu que ce soit, du tribunal de ce domicile;

d'autre part, les nécessités de l'ordre public, l'intérêt de la répression qui justifient la préférence accordée au *judex delicti*, et, faute de mieux, la compétence attribuée au *judex deprehensionis*.

D'Argentré regrette que la part faite à la première de ces deux idées aille toujours en diminuant. Mais il admet les conséquences de la seconde.

En revanche, sa doctrine, si généralement opposée à celle de Dumoulin, est résolument hostile à la conception originale de celui-ci : la notion d'un consentement tacite du délinquant à l'application de la peine. Les idées de l'auteur à ce sujet sont exprimées sous l'article CCLXXIV de la coutume, relatif à la prescription. Cette notion d'un consentement tacite paraît grotesque (perquam

interpretatio, reos ibi conveniendos, ubi reperiuntur, si ibi domicilium habent » (Cujas, sous C. III, 15). Cf. Cujas, sous c. 14, X, *de foro compet.* (2, 2).

Doneau signale à son tour (*Commentarii de jure civili*, XVII, 16, n. 3, 4 et 6) la fausse interprétation d'Accurse. « Sed hanc interpretationem non fert illic Accursius, non ferunt etiam alii interpretes hunc secuti, et nominatim Bartolus : dum hoc statuunt, neminem sontem extra eum locum, ubi crimen admisit, alibi conveniri aut accusari posse, ut quidem se illic defendere cogatur, quam ubi domicilium habet ».

Il fonde la compétence du *forum deprehensionis* sur le texte connu de Paul, D. I, 18, 3 (ci-dessus, p. 66) : « Sic enim illic scriptum est, in mandatis principum esse, ut curet is, qui provinciæ præest, malis hominibus provinciam purgare, nec distingue unde sint, ut purgetur malis hominibus provincia; quod non fit aliter, quam prehendendo, de accusatis cognoscendo et judicando, sic deinde damnatis meritas pœnas irrogando. Cum autem additur, non distingui unde sint, satis significatur, etiam si non sint inde, ubi accusantur, sed alibi domicilium habeant, tamen ibi accusationem subire et se defendere debere ».

Mieux encore, il la justifie par l'intérêt de l'État : « Quæret ergo aliquis, quæ res et causa subjiciat sontem juridictioni ejus loci, in quo reperitur, si ibi neque maleficium admisit neque domicilium habet. Dicemus : utilitatem publicam et vigorem disciplinæ publicæ ».

Grâce aux humanistes, Cujas et Doneau, une critique pénétrante des textes romains venait éclairer la tradition italienne, et en révélait les lacunes. On verra que l'exemple donné par eux ne se perdit pas, aux siècles suivants. Mais, dans une époque où les grands États se constituaient, les transformations du droit public et la formation du droit des gens devaient exercer plus d'influence que l'exégèse des savants sur les règles de la compétence criminelle.

ridicula) à d'Argentré. Le grand réaliste est surtout frappé du fait qu'elle est contraire à la nature des choses (1). Supposer que le délinquant a consenti d'avance à sa perte, c'est nier l'esprit de conservation qui, suivant la juste observation de Cicéron, anime tous les êtres vivants (2). La vérité est que le délinquant a obéi à une passion brutale (perturbatio, vis), dont les premiers élans étaient peut-être irrésistibles, mais dont la philosophie chrétienne estime qu'il aurait dû se rendre maître (3). Cette observation exclut, comme absurde, toute présomption d'un consentement tacite.

(1) « Iste consensus non est naturæ et multo minus talis, qui obligationem naturalem generet » (*op. cit.*, p. 1300).

(2) « Nam cum mater natura sui conservatrix sit, et quod Cicero dicit omni animanti inditum sit ut se corpusque suum tueatur, bruta et irrationabilis est præsumptio aut consequutio quod quisquam ex suo delicto consentire in suam perniciem existimetur » (*loc. cit.*).

(3) « Itaque delinquenti non inest consensus, sed perturbatio, ut causa impulsa et mota fuisse videatur necis suæ qui deliquit, impulsiva perturbatio, cujus primi motus in potestate hominis esse negantur; vis igitur potius fuit quam consensus, si resisti non potuit, quod ipsum sacra philosophia non admittit » (*loc. cit.*).

CHAPITRE VI

L'ABSOLUTISME MONARCHIQUE EN FRANCE AU XVIIe SIÈCLE ET SES EFFETS SUR LA COMPÉTENCE PÉNALE

Sommaire : La formation des grands États, et le développement des relations internationales : le traité d'extradition de 1376. — Influence du pouvoir royal sur l'affirmation de la compétence territoriale. — Progrès de l'idée de justice. — Ayrault, Pussort, Talon.

Les questions de compétence pénale, telles qu'elles se sont posées pendant tout le cours du Moyen âge, ne mettaient pas en présence les lois, ni les tribunaux d'États différents. Chaque seigneur justicier jouissait d'une quasi-souveraineté, territoriale et personnelle. Tout homme qui « ne couchait ni ne levait » sur ses terres était pour lui l'aubain, et la question de compétence se présentait de même, qu'il appartînt ou non à ce royaume de France, dont les limites et l'autorité étaient imparfaitement définies (1). — De même, dans l'Italie du Moyen âge au xive siècle, les conflits de statuts surgissent entre des villes ayant une certaine autonomie municipale, mais soumises, juridiquement, à l'autorité d'un « droit commun », politiquement, à la souveraineté, au moins théorique, des Empereurs allemands (2). Il ne s'agit pas encore de conflits entre États.

Cependant, dans la crise occasionnée par la guerre de Cent ans, le sentiment national a pris naissance. Ses manifestations, dans le domaine juridique, ne tarderont pas. L'ébauche d'un droit public

(1) V. plus haut, p. 96 et suiv.
(2) V. plus haut, p. 109 et suiv.

est contemporaine de la formation des grands États. Dès ce moment se crée l'opposition entre « le regnicole » et l'homme étranger au Royaume (1). Elle ne fera que s'affirmer et se préciser au cours des siècles suivants. On peut rattacher la naissance du droit pénal international moderne au traité d'extradition de 1376 — le premier en date — par lequel le roi de France, Charles V, et le comte de Savoie « considérant que de détestables crimes demeurent impunis par suite de l'asile que les coupables trouvent dans leurs domaines respectifs » (2), conviennent de se livrer mutuellement leurs sujets, coupables de crimes ou de délits sur le territoire de chacun de leurs États.

Cette première notion d'un droit public, sortant de l'anarchie du Moyen âge, est nécessairement rudimentaire. En France, elle se ramène à l'affirmation du pouvoir royal qui s'est dégagé, victorieux, de sa lutte contre le mouvement des communes, contre l'Église, et contre la féodalité. Elle a son expression définitive dans la formule fameuse de Louis XIV : « L'État, c'est moi ». L'intérêt du roi, l'intérêt de l'État est la loi suprême, et c'est lui, d'abord qui sert de mesure à la compétence pénale. Les tribunaux de l'État sont compétents pour toutes infractions, où qu'elles soient commises, qui menacent l'État, ou ses sujets.

Dans l'organisation de l'Etat, le triomphe du pouvoir royal détermine la centralisation, et la centralisation se traduit, dans le domaine de la compétence, par la consécration du principe de *territorialité*. L'évolution législative dont on a retracé les grandes lignes a son point d'aboutissement dans la fameuse ordonnance de 1670, qui fixe la procédure criminelle de l'Ancien Régime, la procédure inquisitoire. Or la règle énoncée en tête de cette Ordonnance est celle qui attribue la compétence préférable au juge du *lieu* du délit — quels que soient d'ailleurs la qualité, le domicile et l'origine du délinquant, ou de la victime.

Mais on donnerait une idée incomplète, et par conséquent

(1) « Nous tenons en France que tout homme qui n'est né dedans ce royaume, pais, terres et seigneuries de l'obéissance du roy de France est appelé aubain ou bien estranger : soit qu'il y demeure pour certain temps seulement, soit qu'il soit simple visiteur et passager : de sorte que ce mot d'aubain signifie autant qu'estranger et homme natif hors de France » (Bacquet, *Droit d'aubaine*, I, ch. 2, n. 1).

(2) Bernard, *Traité théorique et pratique de l'extradition*, 2e édit., t. I, Paris, 1892, p. 157 et suiv. ; Beauchet, *Traité de l'Extradition*, Paris, 1899, n. 56, p. 35.

inexacte du régime politique de l'ancien régime, si on le ramenait à la notion exclusive d'un despotisme absolu. La Royauté a construit sa doctrine juridique avec le concours des légistes : or, les légistes sont imbus de cet esprit de *justice*, qui est à la base de la doctrine italienne des statuts. La Royauté, pour réagir plus efficacement contre les puissances rivales, s'est appuyée sur le sentiment populaire ; sa doctrine, opposée à la tyrannie féodale, comporte un certain libéralisme, respectueux des droits essentiels de l'*individu*. L'esprit d'individualisme, combiné avec l'idée de justice, a fait admettre, dans une certaine mesure, l'influence, sur la compétence pénale, de la *volonté* des parties. Cette idée est apparue, au XVIe siècle, dans les écrits de Dumoulin. Elle sera développée par la doctrine et par la pratique du XVIIe siècle.

Les tendances de l'époque monarchique, qu'on vient de caractériser brièvement, sont représentées par trois hommes, un écrivain, un homme d'État, un magistrat, dont l'influence s'est exercée, dans une mesure d'ailleurs bien inégale, sur le règlement des questions de compétence pénale : *Ayrault, Pussort* et *Talon*.

Ayrault (1536-1601), lieutenant criminel au siège presidial d'Angers, est l'auteur d'un ouvrage intitulé : l'*Ordre, formalité et instruction judiciaire* (1), dans lequel il témoigne à la fois d'une grande érudition en ce qui touche les précédents grecs et romains, et d'un remarquable esprit de justice. Les tendances libérales qu'il doit, sans doute, à son inspiration classique, contrastent avec l'intransigeance féodale de son contemporain d'Argentré, non moins qu'avec l'absolutisme monarchique d'un autre de ses contemporains, le célèbre publiciste Jean Bodin (1530-1596), l'auteur des six livres « de la République (2). »

L'absolutisme royal est représenté au XVIIe siècle par Pussort, oncle de Colbert, qui prit une part importante aux conférences préparatoires de l'Ordonnance de 1670 : esprit autoritaire et chagrin, mais logicien implacable et dévoué à la Monarchie. Cent vingt ans plus tard, Prost de Royer en fera le portrait suivant (3) : « Il y avait là un M. Pussort, grand faiseur, qui, quand on n'était pas de son avis, revenait avec une prétendue décision de Louis XIV, qui n'avait rien vu. C'est à cette manière de terminer les objets les plus importants et les plus difficiles qu'il faut attribuer les vices de l'ordonnance

(1) On le citera d'après l'édition suivante : l'*Ordre, formalité et instruction judiciaire dont les Grecs et Romains ont usé ès accusations publiques conféré au stil et usage de nostre France*, par Pierre Ayrault, lieutenant criminel au Siège présidial d'Angers, édition dernière, Lyon, 1642.

(2) Bodin, *République*, livre I, chapitre 5.

(3) Prost de Royer. *Dictionnaire de jurisprudence*, Paris, 1781, préface, p. 104, en note.

criminelle, aperçus mais combattus vainement par le vertueux Lamoignon ».

Entre Pussort et le président de Lamoignon, ce dernier généreux, libéral, mais entiché des privilèges de la noblesse et de l'Église, Talon occupa, dans les discussions qui préparèrent la publication de l'ordonnance de 1670, une situation intermédiaire, et fut l'auteur de propositions transactionnelles. Plusieurs années auparavant, il avait été appelé à conclure, comme avocat général, dans une affaire retentissante concernant un crime commis par un étranger à l'étranger, et ses conclusions devaient exercer non seulement sur la solution de cette affaire, mais sur la jurisprudence postérieure, une influence considérable (1). Il devint président du Parlement de Paris.

Sans doute, au XVII[e] siècle, les relations internationales sont loin d'être aussi fréquentes qu'elles ne le sont aujourd'hui. Le séjour des étrangers sur le territoire du royaume de France, ou des Français à l'étranger, est exceptionnel ; cette circonstance explique le petit nombre des jugements relatifs à l'ordre d'idées qui nous occupe, et qui sont rapportés dans les Recueils d'arrêts, tels que le *Journal des Audiences* et le *Journal du Palais*. Complétée par les commentaires des auteurs et par les travaux législatifs, cette jurisprudence suffit toutefois à révéler l'influence dominante que les préoccupations de droit public exercent, et exerceront longtemps sur la solution des problèmes de compétence pénale.

Section I

La protection de l'État et de ses sujets.

Sommaire. — Les tendances libérales à la fin du XVI[e] siècle. — Pratique de l'extradition judiciaire pour les crimes de droit commun. — Ayrault préconise la modération dans la répression des attentats politiques où des intérêts étrangers sont en jeu. — Réaction nationaliste : elle se traduit par le caractère exclusivement politique que revêt l'extradition; par l'adoption du système de la personnalité passive (protection des nationaux).

Sans doute, les spéculations des principaux auteurs de la doctrine italienne ne sont pas inconnues des hommes qui ont traité en France, au XVII[e] siècle, des grandes questions du droit pénal international. Mais ils comprennent, mieux que ne l'avaient fait Chas-

(1) Ces conclusions sont reproduites dans le *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, pris des mémoires de feu M. Pierre Bardet, avocat en la Cour, avec les notes et dissertations de M. Claude Berroyer, avocat au même Parlement. Édition d'Avignon, Roberty, 1773, t. II, p. 74 et suiv.

seneuz et Dumoulin, l'impossibilité d'appliquer dans un milieu politique tout différent, les règles écrites pour les conflits entre statuts de cités italiennes. Dans un procès de 1632, auquel il a été fait allusion, et au cours duquel la *remissio* d'un étranger, coupable d'un crime commis à l'étranger était demandée, l'avocat général Talon s'écrie (1) : « Nous n'observons point en ce Royaume l'opinion de Bartole et de Balde, d'Oldrade et autres docteurs italiens touchant le point et question du renvoi d'un étranger. Ces peuples ont estimé qu'il était juste de ne point le renvoyer, et qu'il fallait le retenir et lui donner franchise et impunité ; et cela par une considération d'État qui est que l'Italie étant composée de fort petites républiques, elles ont cru ne se pouvoir conserver qu'en ouvrant les asyles et promettant l'impunité aux étrangers criminels, afin de les obliger par ce moyen d'abandonner leur pays, et de se réfugier chez elles, aimant mieux avoir des habitants scélérats et criminels que d'en avoir moins. Mais cette opinion impie, abominable et pernicieuse à un État n'a jamais été reçue, ni seulement proposée en ce Royaume ». — L'opposition que Talon établit dans ce passage est doublement inexacte : elle est injuste, d'abord, pour les auteurs italiens qui ont rapporté, sans l'approuver toujours, la pratique de leur temps : pratique dont Talon propose une explication fantaisiste ; elle est fausse également pour l'époque où vivait Talon. Car le principe posé par le traité de 1376 entre Charles V et le comte de Savoie n'avait reçu que de bien rares applications. Clarus constate que la pratique de son temps, contraire à l'extradition, s'étend au Royaume de France (2). Tantôt l'extradition était demandée parce qu'elle impliquait, de la part du Souverain qui s'y soumettait, un aveu de dépendance : ainsi se justifie le refus opposé en 1453 par René de Provence à la demande de Charles VII concernant Jean du Village, neveu de Jacques Cœur (3). Tantôt l'extradition servait à la satisfaction de vengeances. Quand Charles VI, en 1413, avait réclamé à Henri V, roi d'Angleterre, les fauteurs des troubles de Paris (4), quand Louis XI, en 1464, exigea du duc de Bourgogne, dans l'affaire célèbre du bâtard de Rubempré, la livraison d'Olivier de la Marche (5), l'un et l'autre obéissaient à un

(1) *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, de Bardet, t. II, p. 77.

(2) Clarus, *Sententiarum receptarum liber quintus*, *Quæstio* XXXVIII, n. 18 et suiv. — Cf. Bernard, *Traité de l'extradition*, t. I, p. 218.

(3) Bernard, *op. cit.*, t. I, p. 168 et suiv.

(4) Bernard, *op. cit.*, t. I, p. 169; Beauchet, *Traité de l'extradition*, n. 57, p. 35.

(5) Bernard, *op. cit.*, t. I, p. 198.

sentiment de haine ou à des considérations politiques, nullement à un désir de répression sociale. Et c'est une véritable société d'assurance mutuelle entre souverains que Louis XIII venait de fonder, en 1612, avec Philippe III d'Espagne, quand les deux monarques étaient convenus « qu'ils se secourraient contre ceux qui entreprendraient quelque chose contre eux et leurs États, de même contre ceux qui se révolteraient contre leur autorité, qu'ils n'assisteraient aucun de ceux qui seraient criminels de lèse-Majesté à l'égard de l'un des deux rois, que même ils les remettraient entre les mains des Ambassadeurs du Roi qui les réclamerait » (1).

Il est vrai qu'à la fin du XVIe siècle un mouvement favorable à l'extradition, et à l'extradition judiciaire, s'était dessiné. La suppression progressive de l'asile ecclésiastique avait préparé la décadence de l'asile territorial (2). Bodin écrit : « Toujours en ce Royaume on a de coutume renvoyer les coupables fugitifs aux princes et seigneuries qui en font instance, s'il n'y va de l'estat; car, en ce cas, le prince n'est pas tenu » (3). Et s'il prend son désir pour une réalité, il peut au moins citer, en faveur de sa double affirmation, trois arrêts de Parlements (4). Bouhier, après lui, cite des espèces, qu'il place en 1565, 1609, 1622, 1623, où l'extradition de personnes étrangères aurait été accordée par les parlements, sans aucune autorisation royale (5). Cette jurisprudence libérale ne devait pas se maintenir. — Ce qu'on doit retenir toutefois, de l'argumentation de Talon, c'est d'abord qu'au XVIIe siècle, les précédents italiens, cités pour mémoire, ne font plus autorité. C'est

(1) Bernard, *op. cit.*, t. I, p. 248.

(2) Saint-Aubin, *L'extradition et le droit extraditionnel*, 1re part., 1913, p. 14 et suiv.

(3) Bodin, *Les six livres de la République*, Paris, 1583, livr. III, chap. VI, p. 472.

(4) Un arrêt du Parlement de Paris (allégué par Boyer, in *cons. Bit.*, § 2 *de jurisdictione*) et un arrêt du Parlement de Toulouse (Boër, déc. 27) qui seraient contraires à l'extradition pour crimes d'estat. — Un arrêt du Parlement de Bordeaux, du 24 décembre 1517, prononcé en robes rouges, aux termes duquel, dit Bodin « hors les termes d'estat, et quand il n'est question que de la peine publique, il n'y a Prince qui ne soit tenu rendre le subject d'autruy » (Bodin, *loc. cit.*)

(5) Bouhier, *Observations sur les coutumes du Duché de Bourgogne*, Dijon 1762, ch. 51, n. 131 et suiv. — Sauf dans un cas unique où un habitant du pays de Gex fut livré aux autorités de la ville de Genève où le délit avait eu lieu (arrêt du 19 févr. 1610), c'est toujours aux « juges naturels » (juges du domicile) que l'extradition est accordée. Bouhier estime que l'article 121 de l'ordonnance de 1629 (V. plus loin) est contraire à « ces permissions ».

aussi le progrès que l'extradition avait fait dans les idées, l'effort réalisé par la jurisprudence pour lui donner un caractère judiciaire, et l'introduire dans la pratique. C'est, enfin, le souffle d'internationalisme et de justice qui, au cœur même de la période monarchique, semblait devoir orienter vers des horizons plus larges la réglementation positive des rapports de droit pénal avec l'étranger.

Cet esprit nouveau, issu de la Renaissance, est sensible dans le livre d'Ayrault, qui paraît au seuil du XVIIe siècle. Ayrault a pris contact avec l'antiquité grecque et romaine, sans subir l'intermédiaire dangereux des commentateurs bolonais. Et l'on trouve un écho de la xénophilie hellénique dans son ouvrage intitulé : « *L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les Grecs et Romains ont usé ès accusations publiques conféré au stil et usage de nostre France* ». « Tant s'en faut, dit-il, que les anciens ayent puni l'estranger sans luy garder ordre judiciaire, quelque grand crime qu'il eust commis, qu'en luy faisant son procez, ils l'ont puni plus doucement que le sujet » (1). C'est aller bien loin, sans doute; et l'on ne manquerait pas d'exemples pour établir le contraire. Mais l'auteur emprunte à Platon des accents émus sur l'infériorité naturelle où est l'étranger et sur les égards qu'elle doit lui assurer : « Platon, au cinquième des lois, dit que l'estranger étant destitué de tous parents et amis, mérite d'autant plus et envers Dieu et envers les hommes qu'on ait pitié et miséricorde de luy. » Tel est aussi le sentiment personnel d'Ayrault : « Le seul nom d'estranger, en quelque façon qu'il fourvoye, a je ne scay quoy d'hospitalité et de participation au droit des gens certainement inviolable, et qui se doict traiter et manier avec plus de cérémonie et de respect » (2).

L'intérêt bien entendu des souverains leur commande aussi cette bienveillance dans leurs rapports avec les sujets d'un autre État. De mauvais traitements donneront lieu à des réclamations, seront peut-être un prétexte de guerres : « La société et fraternité que se gardent les princes, fussent-ils en armes l'un contre l'autre, veut

(1) Ayrault, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire*, livr. I, article IV, n. 6, p. 44.
(2) Ayrault, *loc. cit.*

que respectivement ils usent de courtoisie, humanité et de douceur envers leurs sujets (1) ».

L'État restera-t-il donc sans protection efficace contre les attaques que des sujets étrangers peuvent diriger contre lui, et qui sont peut-être encouragées par leur souverains? Nullement. Mais dans sa réaction contre les attentats qui le menacent, l'État ne doit pas se départir d'un large esprit de justice et de conciliation. S'il est envahi par la force armée — « comme firent trois mille Gaulois qui passèrent les Alpes et entrèrent en Italie au temps de Quintus Fulvius et Lucius Manlius consuls (2) » —, il se défendra : c'est le droit de guerre. S'il souffre d'un délit qu'un étranger pénétrant sur ses terres a commis contre un de ses sujets, personne privée, il se déclarera compétent pour en connaître : « Le seul établissement du préteur que les Romains appelaient pérégrin, les Athéniens polémarque le montre bien » (3). — Mais si le crime, commis par un particulier étranger, touche l'État, « je désirerais, dit Ayrault, qu'en cet endroict on usât de toute la douceur et modestie qu'il serait possible, non pour l'amour de ce particulier, mais de son Prince; car tout ainsi que la playe, si elle respond aux parties nobles, se doit panser plus attentivement de peur que le cautère, qui y serait autrement nécessaire, vint donner au cœur et au poulmon : aussi tous criminels ne sont pas à manier d'une façon. Il faut en dissimuler quelques uns : en punir de moindres, plus griefvement : autres au contraire, de crainte d'offenser le maistre par le sujet » (4). — Qu'est-ce à dire? Il faudra donner avis au prince de l'accusation dont son sujet est frappé. On le priera d'envoyer des gens de sa part pour assister au procès, et on lui communiquera la procédure avant que le jugement soit rendu (5). On pourra même, dit ailleurs Ayrault, renvoyer les estrangers à leurs Seigneurs « pour en faire la justice et punition à leur mode », comme Porsena Mutius, comme Scipion les espions d'Annibal.... « Car, certainement, c'est monstrer une grande vertu et magnificence que se démettre aucunefois de son droict; et de l'injure qu'on nous a faite, en faire juges nos adversaires! (6) ».

(1) Ayrault, *loc. cit.*

(2) Ayrault, *op. cit.*, livre I, article IV, n. 8, p. 46.

(3) Ayrault, *loc. cit.*

(4) Ayrault, *op. cit.*, livre I, article IV, n. 8, p. 47.

(5) Ayrault, *loc. cit.*

(6) Ayrault, *op. cit.*, livre I, article IV, n. 7, p. 45. Ici, Ayrault se montre plus libéral que Bodin, qui exclut l'extradition pour crimes d'État.

Ayrault est un humaniste. Il écrit pour un monde qu'il juge fatigué de l'oppression et de la brutalité féodales, et chez ses auteurs favoris de la Grèce et de Rome, il voit l'image d'un âge d'or entre les nations, dont il espère le retour. Or c'est une société bien différente de son rêve que ses contemporains construisent à côté de lui. Ayrault est affamé de justice ; il veut donc la publicité, l'oralité et la contradiction dans la procédure criminelle : et ce sont des caractères précisément opposés que l'Ordonnance de 1670, parachevant l'œuvre commencée en 1539, consacrera. Ayrault aspire à la paix et à l'harmonie entre les souverains : et le siècle qui s'ouvre sera celui des guerres de Louis XIV ! Ayrault voudrait que l'union des peuples fût étroite, au point qu'ils se confient les uns aux autres la défense de leurs intérêts et la répression des attentats qui les menacent : et le siècle qui vient verra les extraditions politiques (1), les poursuites et les arrestations déloyales sur des territoires étrangers (2), l'expulsion des protestants réfugiés brutalement imposée aux magistrats de Genève (3).

Cette opposition entre ses préférences personnelles et les tendances de son temps, Ayrault en dut avoir le sentiment dans un procès dont il eut à connaître comme lieutenant criminel au siège d'Angers, et qui se termina en 1577 par la réformation de sa sentence prononcée par le Parlement de Paris (4). Un Français avait

(1) Traité précité de 1612 entre Louis XIII et Philippe III d'Espagne ; Traité de Vic (1632) entre Louis XIII et Charles IV, duc de Lorraine, qui s'engage à souffrir que dorénavant « les gens du roi arrêtent dans ses États les Français accusés de lèse-Majesté » ; stipulations analogues, en 1654, entre Cromwell et le cardinal de Mazarin. Cf. Bernard, *Traité de l'Extradition*, t. I, p. 248.

(2) Par exemple, arrestation par les agents du Roi, en Suisse, du Nimois Roux de Marsilly, soupçonné de s'être fait l'agent de puissances étrangères pour nouer des intrigues en province (Bernard, *Traité de l'Extradition*, t. I, p. 262 et suiv.).

(3) Bernard, *De l'Extradition*, t. I, p. 291.

(4) V. sur ce procès : Ayrault, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire*, liv. I, article IV, n. 10, p. 49 et suiv. ; Mornac : *Antonii Mornacii in Senatu paris patroni Observationes in quatuor priores libros Codicis*, Lutetiæ 1654 ; Blondeau, *Journal du Palais*, ou *Recueil des principales décisions de tous les Parlements et Cours souveraines de France*, 4ᵉ édit., 1737, t. I, p. 149 et suiv. ; Bornier, *Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV pour les matières criminelles avec celles des Rois prédécesseurs de sa Majeste*, Paris, 1755, p. 4 et suiv. ; Boutaric, *Explication de l'Ordonnance de Louis XVI sur les matières criminelles*, 1743, au tit. 1, *De la compétence des Juges*, sous l'article 1, n. 4.

été assassiné par un Italien à Bologne. Le coupable ayant été arrêté sur le territoire français, il s'agissait de savoir s'il devait y être jugé. Ayrault énumère les raisons qu'il pouvait avoir de se prononcer pour l'affirmative : le consentement tacite que l'inculpé avait donné, en « se venant jeter sur les terres de ceux dont il avait offensé les regnicoles » : le droit que conférait aux juridictions françaises « l'appréhension et détention » de l'inculpé, et qui les dispensait de le remettre à un seigneur étranger qui ne ferait pas justice.... « Le tenant, ajoute-t-il, quelle reconnaissance, quel hommage, quelle submission serait-ce de renvoyer cet estranger à son seigneur! ». Néanmoins, c'est dans ce dernier sens qu'Ayrault a rendu son jugement. Les considérations qui l'ont déterminé sont des raisons de justice et de droit international. D'abord, le courageux adversaire de l'Ordonnance de 1539 n'admet pas que les intérêts de la défense soient compromis. « La seule maxime d'aller plaider au domicile de l'accusé est si véhémente qu'elle confutait toutes les considérations de l'accusateur. Sinon, l'accusé est privé de sa défense....; que l'accusé plaide devant le juge de l'accusateur, c'est autant que si l'accusateur en était juge.... Sur son fumier, il a toute autre grâce, toute autre franchise et liberté pour se défendre (1) ». — Mais aussi, Ayrault est frappé par la contradiction de jugements qui pourra se produire, si le juge du domicile, exerçant sa compétence, juge l'inculpé par contumace pour le même fait, et croit devoir l'absoudre. Il n'existe qu'un moyen de prévenir des contradictions aussi fâcheuses : c'est d'ordonner le renvoi au juge du domicile, qui est en même temps, d'ailleurs, le juge du lieu du délit (2).

(1) Ayrault, *op. cit.*, liv. I, art. IV, n. 11, p. 52.

(2) Ayrault, *loc. cit.* Ici, Ayrault est d'accord avec Bodin dont le plaidoyer fameux en faveur de l'extradition (*op. cit.*, liv. III, chap. 6, p. 470 et suiv.), concerne l'extradition du sujet au profit du juge de son domicile : « S'ils confessent que tout prince est tenu de faire justice par obligation divine et naturelle, il faut aussi confesser qu'il est tenu rendre le *sujet d'autruy à son Prince naturel* : non seulement pour avérer le fait plus aisement, et descouvrir les conjurés et participants, en quoy le recolement et confrontation est necessaire, ains aussi pour la punition exemplaire qui se doit faire *sur les lieux* : car c'est du moins qu'on doit chercher que la mort du coulpable en matière de justice. Et si les magistrats en même République sont tenus par obligation mutuelle prester l'épaule, et tenir la main-forte à la poursuite et punition des méchants : pourquoi les Princes seront-ils exempts de l'obligation à laquelle la loy de Dieu et de nature les astreint? ». — Quand Bodin constate que l'effet de l'extradition sera de permettre le jugement et la punition sur *les lieux*, il suppose que le juge du domicile est aussi le *judex delicti*, ce qui

Les arguments qui ont déterminé la décision d'Ayrault sont d'une singulière élévation : ils devancent les progrès ultérieurs du droit pénal international. Ayrault atteste qu'Augustin de Thou, avocat du Roi au Parlement de Paris où il devait être plus tard Président, leur trouva « quelque apparence (1) ». Il n'est pas moins vrai que la sentence d'appel fut rendue en sens contraire et que l'inculpé fut jugé en France. Ayrault attribue ce fait aux circonstances nouvelles de la cause : savoir « que les principaux tesmoins du demandeur et accusateur, qui estoyent pour lors tous à Boulongne estoient maintenant en la France : qu'il semblait que cet Italien eust abandonné son pays, et qu'il se fust venu icy habituer ; qu'on l'accusait d'avoir pareillement délinqué en ce Royaume, en ce qui dépendait de ce meurtre (2) ».

Mais les nombreux auteurs qui, dans la suite, ont parlé de cette affaire, ne reproduisent pas l'explication d'Ayrault, dictée par l'amour-propre bien naturel du juge. Mornac dit que, dans l'opinion du Président de la Cour, il était d'usage, en droit international, que tout inculpé fût jugé sur le territoire de l'État où il était pris (3) : mais on verra que, dans la jurisprudence du XVIIe siècle, cette opinion n'a pas prévalu. Aussi Blondeau (4), Bornier (5) et Boutaric (6) sont-ils d'accord entre eux, d'accord aussi probablement avec la pensée du juge, lorsqu'ils donnent pour seul fondement à la sentence du Parlement de Paris la *nationalité de la victime*. L'idée qui inspire cette jurisprudence et cette doctrine est celle d'une protection nécessaire des intérêts de l'État, et de ses sujets.

est le cas, dans l'espèce citée par Ayrault. Il s'inspire du *quod plerumque fit*. Mais il résulte nettement des exemples qui suivent que l'extradition est bien celle du *sujet* à son *Prince naturel*. Cf. Lammasch, *Auslieferungspflicht und Asylrecht*, Leipzig, 1887, p. 12. V. Martitz, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, t. I, p. 156 et suiv.).

(1) Ayrault, *op. cit.*, liv. I, article IV, n. 10, p. 50.

(2) Ayrault, *loc. cit.*

(3) Mornac, *Observationes*, p. 305 ; Codicis, lib. III, tit. XV, *Ubi de criminibus agi oporteat*, Auth. ex. Nov., 86.

(4) Blondeau, *Journal du Palais*, 4e éd., t. 1, p. 149 et suiv.

(5) Bornier, *Conférences*, p. 4 et suiv.

(6) Boutaric, *Explication de l'Ordonnance*, tit. I, article 1.

Section II

La répression des infractions commises par des Français à l'étranger.

Sommaire. — La compétence fondée sur le lien personnel résultant de la nationalité, du domicile. — L'étranger domicilié en France est assimilé au « sujet du Roi ». La compétence personnelle à l'égard des Français justifiée par des raisons d'*intérêt national*. — Consécration législative de la compétence personnelle dans l'Édit sur les duels.

On a pu remarquer que, dans un passage précité (1), Ayrault, envisageant la compétence d'un juge étranger qui se trouve être à la fois le *judex loci delicti* et le *judex domicilii*, semble attacher à cette dernière qualité la plus grande importance. Il écrit dans un temps où, en matière criminelle la procédure accusatoire est encore en vigueur, et c'est précisément *per accusationem* que s'est engagé le procès sur lequel il raisonne. Or le principe de la procédure accusatoire est la règle fondamentale de l'*ordo judiciorum : Actor sequitur forum rei*.

Mais comme il n'est pas aveuglément attaché à l'*opinio communis* des maîtres italiens, Ayrault donne les raisons de sa préférence. C'est au lieu de son domicile que l'accusé trouvera le plus aisément des amis qui témoigneront en sa faveur; c'est là qu'il pourra espérer la plus grande bienveillance de la part du juge; ailleurs, il se sentira peut-être entouré d'ennemis. « Celui qui est tiré hors de chez soi perd indubitablement une bonne partie de sa liberté et condition naturelle : il se tient déjà à demi comme esclave; il se tient là pour préjugé; il perd cœur et hardiesse de se défendre » (2). Or, « si on veut dire que l'inconvénient serait réciproque... nous disons qu'en concurrence d'inégalités la faveur doit estre pour l'accusé ; et que, s'il y a de l'inconvénient à agir là ou là, *il vaut mieux qu'on verse du côté de la libération que de l'autre...* ». C'est un esprit bien différent qui dicta les règles procédurales du XVIe siècle, et qui va, dans la préparation de la grande Ordonnance, s'exprimer par la bouche du Conseiller Pussort!

Mais si le criterium tiré du domicile s'impose dans les rapports de droit interne, possède-t-il la même force dans les relations entre

(1) Ayrault, *Ordre et formalité judiciaire*, liv. I, article IV, n. 11, p. 50.
(2) Ayrault, *op. cit.*, liv. I, article IV, n. 11, p. 52.

États? Avec la création des grandes unités politiques, une dualité de liens personnels s'est établie : le lien traditionnel, fondé sur le domicile, d'une part, et le lien nouveau, résultant de la nationalité, de l'autre. Le plus souvent, le conflit ne surgit pas; le plus souvent, le sujet d'un État a son domicile sur le territoire de cet État : mais le contraire est possible. Cette dualité de liens personnels, on l'a rencontrée dans le droit des petites Républiques italiennes, où le *domicilium originis*, qui représente la nationalité, se distinguait du *domicilium facti*, résultant de l'établissement de fait, et produisait certains effets (1). Mais le régime féodal l'avait fait disparaître : alors, l'attachement au sol étant l'unique source du droit, seul le domicile de fait était générateur d'effets juridiques (2). Or, voici que le problème reparaît; et, sous l'influence des précédents, on le résout d'abord, sans même apercevoir la difficulté qu'il soulève, *en faveur du domicile*. Pour expliquer la solution, différente de la sienne que, dans le procès de 1577, le Parlement de Paris a consacrée, Ayrault fait observer que l'inculpé italien a abandonné son pays, et qu'il est venu *habiter* en France (3). Il dit ailleurs : « Posons le cas que ce soit en son pays que l'étranger eut délinqué, mais contre un de nos sujets qui était là. Si depuis il est appréhendé en France, non pas venu pour y *demeurer* (*car il n'y aurait point lors de doute, il serait nostre*).... pourrions nous entreprendre de le juger? (4). — Et plus tard, dans des conclusions de 1632, envisageant le cas où le renvoi d'un étranger serait demandé, l'avocat général Talon écrit : « Si l'on demeurait plusieurs années à demander le renvoi, et qu'on attendit que l'étranger fût *domicilié* dans le Royaume et y eût *établi sa fortune*, en ce cas on n'accorderait pas le renvoi : parce que ce serait soumettre *un véritable sujet du Roi* à une juridiction étrangère, ce qui serait contre toute raison et justice (5) ».

Cette expression « sujet du Roi » employée par Talon, ne doit pas être prise à la lettre : car dans notre ancienne France, la nationalité s'acquiert par la naissance, et quelquefois par l'origine, mais non par le domicile (6). C'est donc bien au domicile, en concours

(1) *Suprà*, p. 161.
(2) *Suprà*, p. 97, 217.
(3) Ayrault, *op. cit.*, liv. I, article IV, n. 10, p. 50.
(4) Ayrault, *op. cit.*, liv. I, article IV, n. 8, p. 47.
(5) Bardet, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, t. II, p. 76.
(6) Au XVIe siècle, Bacquet professe que les « vrays et naturels Français sont ceux qui sont naiz dedans le Royaume, pais, terres et seigneuries de la

avec la nationalité que, *lorsqu'il s'agit d'étrangers*, Ayrault et Talon ont voulu donner la préférence.

Pourtant la force supérieure de ce lien personnel qu'engendre la qualité de citoyen, indépendante de la demeure, n'a échappé ni à Ayrault, ni à Talon. Ayrault s'est exprimé à ce sujet en termes éloquents. « Le crime du *citoyen*, dit-il, — est plus grief, touche et revient plus au cœur : tant ainsi que le fils s'il offense le père, le serviteur son seigneur, la faute est réputée plus énorme, conséquemment digne de plus grande peine que si elle venait de celui qui ne nous est rien, soit de droit, soit de nature... Où il y a plus d'obligation et de devoir, l'offense et le délit y est plus grand (1) ». Plus tard, Talon dira de même : « Par l'*origine*, chacun contracte avec sa patrie et son souverain : à celle-là, on doit amitié et affection ; à celui-ci honneur, respect et obéissance » (2). Cette responsabilité toute particulière du citoyen justifie, pour les crimes et délits dont il se rend coupable sur le territoire, l'application de peines supérieures à celles qui frappent les étrangers. Elle détermine, pour les infractions qu'il vient à commettre à l'étranger, *quel que soit d'ailleurs son domicile*, la compétence des juridictions nationales. Cette

nation, domination et obéissance du Roy ». — « Les enfants des étrangers, écrit Domat (*Droit public*, liv. I, tit. 6, sect. 4, n. 5) s'ils naissent dans un État où leur père était étranger, se trouvent originaires de cet État ; ils en naissent sujets et y ont des droits de nationalité, comme si leur père avait été naturalisé. » — Et encore, au XVIIIe siècle, Pothier (*Traité des personnes*, part. I, tit. 2, sect. 1, n. 45) : « On ne considère pas si ceux qui naissent en France sont nés de parents français ou de parents étrangers, si les étrangers sont domiciliés dans le royaume, ou s'il n'y sont que passagers. La seule naissance dans le royaume donne les droits de naturalité indépendamment de l'origine des père et mère, et de leur demeure ». — Cf. Weiss, *Traité de droit international privé*, t. I. *De la nationalité*, 1892, p. 40. — En revanche l'acquisition de la nationalité française ne résulte pas du séjour, si prolongé qu'il soit, sur le territoire. Bodin (*Les six livres de la République*, Paris, 1583, livre III, chap. VI, p. 91) rapporte l'espèce suivante : « Toutes les chambres du Parlement de Bordeaux se trouvèrent parties, et le partage renvoyé au Roi, sur ce qu'un Espagnol fils d'un Français (lequel Français avait toujours demeuré en Espagne et renoncé expressément à son origine), était venu en France pour y faire résidence perpétuelle, devait jouir des privilèges du citoyen, sans lettres de naturalité ». Néanmoins, ajoute Bodin, je tiens qu'il est étranger pour les raisons ci-dessus déduites, et qu'il ne doit jouir des privilèges de citoyen, sauf au Prince à le vindiquer, si bon lui semble ».

(1) Ayrault, *op. cit.*, livre I, article IV, n. 6, p. 43.

(2) Bardet, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, t. II, p. 75.

compétence, Talon l'admet sans hésitation dans ses conclusions de 1632. Elle est reconnue par tous les commentaires postérieurs. Elle ne *subit exception qu'à l'égard du Français qui ayant pris un établissement en pays étranger par mariage, ou ayant obtenu des lettres de naturalité, ou ayant acquis quelque charge, est dès lors réputé étranger, et ne pourra recouvrer les droits de citoyen, qu'en revenant fixer de nouveau son domicile en France* (1).

Une autre raison justifie cette compétence des juridictions personnelles : c'est *la nécessité d'assurer la répression*. Ayrault, évoquant l'affaire ancienne, mais célèbre, du bâtard de Rubempré, montre qu'il n'existait pour le duc de Bourgogne, requis par Louis XI de lui livrer Olivier de la Marche, qui était un sujet du duc, qu'une alternative : obtempérer, ou procéder au jugement lui-même : « Ces réquisitions emportent que le Prince est tenu de faire justice de son sujet ou de le livrer aux offensés. S'il ne fait ni l'un, ni l'autre, il y a matière de guerre si l'injure était publique : si privée, lieu et ouverture de représailles (2) ». Le duc de Bourgogne a préféré la première solution : juger lui-même. « Le Duc luy respondit qu'Olivier de la Marche estoit né du comté de Bourgogne, et son maistre d'hôtel, qu'il n'estoit en rien sujet de la couronne; partant, qu'il ne le livrerait point (3). Bien que s'il avait dit

(1) Denisart, procureur au Châtelet, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, t. VIII, Paris, 1789, v° *Étrangers*, n. 3, p. 78. — Mais on remarquera que le simple établissement d'un domicile à l'étranger ne fait pas perdre au Français — non plus qu'à l'étranger en France — sa nationalité. — Bodin, *op. cit.*, p. 91, écrit encore : « La Cour de Parlement de Paris jugea par son arrêt du 14 juin 1554 qu'un Français ayant demeuré cinquante ans à Venise demourait encore subject du Roy de France, et fut reçu à la succession de ses proches parents : mais il n'avait point fait acte contraire au subject. Les actes contraires sont le bannissement perpétuel, ou le refus d'obéir à son Prince, étant sommé, ou s'il obtient lettres de naturalité d'un Prince étranger, attendu que le consentement taisible n'est point estimé consentement en chose préjudiciable, s'il n'est exprès, quand autrement on peut interpréter la volonté de celui qui ne l'a point déclaré ».

(2) Ayrault, *op. cit.*, livre I, art. IV, n. 10, p. 49.

(3) Ce refus d'extradition, de la part du *judex domicilii*, s'est maintenu jusqu'à la fin du XVIe siècle, où il a été consacré par la jurisprudence des Parlements. Bouhier (*Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. 51, n. 132) cite un arrêt de la Tournelle, du 21 juin 1557 qui repousse une demande de *remissio* formée par le Parlement de Dôle concernant un nommé Guilleminot, prisonnier à Auxonne, qui avait délinqué en Franche-Comté. « Il fut dit, les Chambres consultées, que le prisonnier était originaire du Duché de Bourgogne

ou fait chose qui fût contre l'honneur du Roi, et qu'ainsi le prouvast par bonnes charges et informations, *il en ferait luy-même raison* ». — Ayrault ne lui fait grief, ni de son refus d'extradition, ni de l'affirmation de sa compétence personnelle. Il approuve nettement le refus de livrer un national : « Est-il beau et honnête d'abandonner nos sujets, et les délaisser à nos ennemis, sans cognoissance de cause, ny jugement préalable » ? Est-ce ainsi qu'ont agi les Athéniens, quand Alexandre leur demanda de lui livrer quelques orateurs, pour les punir ? Et Titus Tatius, à Rome, quand les Laurentins exigèrent la livraison de quelques Romains qui avaient volé et offensé en leurs terres (1) ? — Il y aurait quelques réserves à faire sur cette évocation de la tradition antique (2) : Ayrault est bien près de le reconnaître. — *En fait*, Louis XIV ne s'est pas conformé à de si illustres exemples. Il est assez curieux de remarquer que l'un des cas très rares dans lesquels sous son règne l'extradition fut consentie pour un crime de droit commun vise un Français, Roussel, l'assassin de la Baronne d'Estrick, qui s'étant réfugié à Paris, fut livré aux autorités de Bâle : il est vrai que le criminel n'était pas une personne de qualité, que le crime était énorme et que le Roi faisait usage de son pouvoir arbitraire, illimité (3). *En droit*, Talon abonde dans le sens d'Ayrault, puisqu'il étend le bénéfice du refus d'extradition et de la compétence personnelle aux étrangers qui, ayant établi leur domicile en France, sont assimilés par lui aux sujets du Roi (4).

D'ailleurs, il existe une autre raison — celle-là décisive — de juger en France les Français coupables d'attentats à l'étranger : *l'intérêt de l'État l'exige*. On reconnaît l'argument invoqué pour la première fois par Bartole (5). *Interest civitatis habere bonos subditos*. Mais cet argument va prendre, dans un État puissant et autocratique, une force et une portée supérieures. Talon les lui attribue, lorsqu'il établit un rapprochement significatif entre la compétence fondée sur la nationalité de la victime, et la compé-

et ne pouvait être renvoyé au Parlement de Dôle, qui en serait averti, et prié d'envoyer au nôtre les informations faites contre l'accusé, afin d'en faire justice exemplaire ». — V. au surplus, dans le même sens, le témoignage de Chasseneuz (*suprà*, p. 193); celui de Clarus (p. 158, et l'avis de Bodin (p. 234, n. 2).

(1) Ayrault, *op. cit.*, liv. 1, art. IV, n. 10, p. 48.

(2) *Suprà*, p. 15, 33, 49.

(3) Bernard, *Traité de l'extradition*, t. 1, p. 255 et suiv.

(4) V. plus haut, p. 237.

(5) *Suprà*, p. 143.

tence fondée sur la nationalité du coupable. Dans les deux cas, c'est un intérêt de l'État qu'il s'agit de sauvegarder : un intérêt matériel, généralement, dans le premier, un intérêt moral dans le second : « Pour reprendre la première question, il faut considérer trois choses : la première, si c'est un Français offensé par un étranger en pays étranger; la seconde, au contraire, si c'est un Français offensant un étranger en pays étranger; en l'un et l'autre de ces deux cas, il faut faire et parfaire le procès en France, parce que le Roi vendique son sujet, et *a grand intérêt que la justice lui soit rendue* contre l'étranger ou bien qu'on la rende à l'étranger contre son sujet qui l'a offensé (1) ».

Ainsi s'exprimait Talon, avocat du Roi, en 1632. Quelques années après, en juin 1643, paraissait l'Édit sur les duels qui soumettait à la compétence des juridictions françaises les duellistes coupables d'avoir franchi les frontières pour se battre. Le texte de cet Édit (2) en fait suffisamment connaître les motifs :

« *D'autant aussi qu'il s'est trouvé d'autres de nos sujets qui, ayant pris querelles dans nos Royaumes et ayant pris rendez-vous pour se battre hors de nos États ou sur les frontières, ont cru de pouvoir éluder par ce moyen l'effet de nos Édits. Nous voulons que tous ceux qui tomberont en telles fautes soient poursuivis tant en leurs biens durant leur absence qu'en leurs personnes après leur retour : tout ainsi et en la même sorte que ceux qui contreviendront au présent Édit sans sortir de nos dits Royaumes, les jugeant même punissables en ce que le temps leur donnant davantage de loisir de reconnaître la grandeur de leur faute, la surprise du premier mouvement qu'on a dans la chaleur d'une offense nouvellement reçue les rend encore moins excusables.* »

L'Édit, pour justifier sa rigueur, fait intervenir deux circonstances aggravantes ; celle d'une *fraude à la loi*, d'abord, celle de *préméditation* ensuite. Néanmoins, on commettrait une erreur, si l'on se prévalait du caractère spécial de sa disposition pour en

(1) Bardet, *Recueil d'arrêts du parlement de Paris*, t. II, p. 75.

(2) Cité par Lange, *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiaire*, ou le *Nouveau praticien français réformé suivant les nouvelles ordonnances*, par feu M. Lange, ancien avocat au Parlement, dédiée à M. Talon, président de la cour de parlement, 15e édit., t. II, 1755.

tirer un argument *a contrario*. Intervenue à l'occasion d'une pratique qui avait, par sa fréquence, attiré l'attention des pouvoirs publics, elle ne renfermait néanmoins que l'application d'un principe dont la jurisprudence française s'était déjà inspirée, et ne devait pas se départir jusqu'à la Révolution.

Section III

La Compétence à l'égard des délits commis sur le territoire.

Sommaire. — Soumission de l'étranger à la compétence territoriale. — La compétence du juge *local* est consacrée par l'Ordonnance de 1670 art. 1er. Effacement définitif des juridictions ecclésiastiques et féodales, dont la compétence était personnelle. — Le ressort des juridictions royales est fixé territorialement. — Tous juges autres que le *judex loci* ne peuvent fonder leur compétence que sur l'accord des parties : le juge du domicile ne peut donc être saisi que par l'accusation de la victime. — Caractère et organisation de la procédure inquisitoire. — Ces règles de procédure et de compétence s'appliquent à l'étranger auteur de délits sur le territoire.

La compétence territoriale, au sens positif, est la règle. Toutes les infractions commises sur le territoire sont jugées par les juridictions françaises. La nationalité de l'agent et de la victime ne saurait influer ni sur la désignation du tribunal appelé à connaître du litige, ni sur la procédure en vigueur devant lui.

Ces solutions résultent, implicitement, de la disposition suivante, consacrée par l'ordonnance de 1670 (1) et qui introduit une mesure protectrice des intérêts de l'accusé étranger : « *Si l'accusé n'entend pas la langue française, l'interprète ordinaire, ou, s'il n'y en a point, celui qui sera nommé d'office par le juge, après avoir prêté serment, expliquera à l'accusé les interrogatoires qui lui seront faits par le juge, et au juge les réponses de l'accusé. Et sera le tout écrit en langue française, signé par le juge, l'interprète et l'accusé : sinon, mention sera faite de son refus de signer. Cet interprète doit continuer à assister l'accusé dans les interrogatoires et confrontations qui se font pendant tout le cours de l'instruction* »

Mais, en ce qui touche la pénalité, l'étranger devait-il être assimilé au regnicole? Ayrault, après avoir parlé de cette bienveillance

1. Cf. Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, t. VIII, Paris, 1789, v° *Etrangers*, § III, n. 5, p. 86.

relative que le droit des gens commande envers l'étranger, décide cependant que « s'il délinque en nos terres, nous le pouvons punir comme les nostres » (1). Les commentateurs qui l'ont suivi font allusion à des règlements de police, vis-à-vis desquels il sera tenu compte, à l'étranger, de son ignorance excusable (2). Le pouvoir arbitraire dont le juge disposait dans la fixation de la peine exclut toute affirmation ayant un caractère général. Dans un siècle où les relations avec les États voisins n'étaient pas toujours pacifiques, il est naturel de penser que les étrangers ont dû rarement bénéficier de l'indulgence que désire Ayrault.

Cette soumission de l'étranger à la compétence locale, comment la justifie t-on?

Ayrault faisait intervenir l'idée d'un consentement présumé : « Il se contracte quelque espèce d'obligation et de submission tacite, ès pays et terres où l'on délinque : et il semble que franchement et volontairement nous nous rendions sujets aux lois de la Patrie dont nous corrompons le repos » (3). C'était l'idée de Dumoulin, contre laquelle, à la même époque, d'Argentré s'élevait avec ironie (4).

Les magistrats et les commentateurs d'arrêts sont sensibles surtout aux avantages pratiques que la compétence territoriale présente, au triple point de vue de la facilité d'instruire, de la réparation du préjudice, et de l'exemplarité : « Il est expédient, dit Talon (5), que la punition du crime soit faite au lieu où il a été commis, soit à cause de la facilité de l'instruction... soit à cause de la satisfaction qu'on doit à la partie civile... soit à cause de celle qu'on doit au public offensé ».

Talon ajoute cet argument qui sent sa scholastique, et que Farinacius ne renierait pas. « En matière de délits, le lieu est tellement important qu'il est presque décisif, étant certain qu'il aggrave ou diminue le crime. Par exemple, le larcin d'une chose de peu de valeur, étant commis dans une église, devient sacrilège » (6). Talon est mieux d'accord avec son temps, mieux inspiré aussi lorsqu'il rattache la compétence à l'idée de « souveraineté », et fait intervenir « les droits du Roi ». Car si l'État est intéressé à la répression

(1) Ayrault, *L'Ordre, formalité et institution judiciaire*, livre I, article IV, n. 8, p. 46.

(2) Denisart, *op. cit.*, v° *Étrangers*, § II, n. 4, p. 82.

(3) Ayrault, *op. cit.*, livre I, article IV, n. 5, p. 40 et suiv.

(4) *Suprà*, p. 223.

(5) Bardet, *Recueil d'arrêts*, t. II, p. 75.

(6) Bardet, *Recueil d'arrêts*, *loc. cit.*

des délits qui sont commis hors de ses frontières contre ses sujets ou par eux — combien l'est-il plus directement encore à l'égard des infractions qui sont perpétrées sur son territoire?

C'est ainsi qu'ont raisonné les rédacteurs de l'Ordonnance de 1670. L'art. 1er de l'Ordonnance, qui, achevant l'évolution dont on a retracé les grandes lignes, consacre la compétence territoriale du juge, n'est pas une pure disposition de droit interne. Il s'applique aux étrangers; les commentateurs sont d'accord pour le reconnaître (1). Or, quel était *l'esprit* de la grande Ordonnance?

Pour s'en pénétrer, il faut comprendre la révolution dont elle est le terme. Dans les sociétés antiques, l'idée de vengeance privée était restée, dominante, à la base de la répression (2). Dans la société germanique et la société féodale, le procès pénal était un duel, où l'intérêt privé était en jeu (3). Or, voici que, sous un régime autoritaire, la personne lésée n'intervient plus que comme un auxiliaire, dans l'exercice de l'action publique, comme un agent de la vindicte sociale; le procès pénal est un *moyen* de faire régner, par la *terreur*, *l'ordre* sur un territoire soumis à une *souveraineté* unique. Pour cela, il faut un juge *certain*, un juge à ressort *territorial*, un juge *dont les moyens d'action soient illimités*. Tel est le triple but que poursuit, dans la préparation de l'Ordonnance, le neveu de Colbert, le conseiller Pussort (4). Mais il existe une opposition. Elle tient à la résistance des éléments ecclésiastiques ou féodaux, dont on veut consacrer la défaite. Elle tient au concours de cet esprit légiste, auxiliaire dévoué mais dangereux, porteur de ce levain de libéralisme et de justice que la Renaissance a introduit. L'esprit de d'Argentré et l'esprit d'Ayrault — si différents — se coalisent pour faire échec à l'œuvre de Pussort, et parviendront à l'amender, dans une certaine mesure. Or l'un et l'autre se rencontrent — et s'harmonisent — dans la personnalité éminente du Président de Lamoignon.

(1) V. en particulier, Boutaric, *Explication de l'Ordonnance*, tit. 1, *De la compétence des juges*, article 1; Bornier, *Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV*, article 1, p. 3 et suiv.

(2) V. ci-dessus, p. 12 et suiv.

(3) V. ci-dessus, p. 70, 95.

(4) Cf. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 177 et suiv. V. aussi les *Procès-verbaux des Conférences préparatoires de l'Ordonnance de 1670*, dressés par Pussort, imprimés par les soins de Brossette; G. Barbier, 1697, in-4°. L'édition de 1776 a été revue et corrigée par Jousse.

Il faut, a dit Pussort (1), un juge *certain*. Et l'on se trouve en face d'un chaos de justices : justices municipales, ecclésiastiques, seigneuriales — dont les attributions ont été progressivement réduites, mais sont encore assez nombreuses pour que dans telle localité, sur un litige donné, trois ou quatre juridictions se disputent la compétence (2). Les villes conservent la simple police, que l'Ordonnance de 1566 (art. 71 et 72) leur a reconnue : sans qu'aucune disposition générale intervienne, elles perdent individuellement, et continueront à perdre, jusqu'à la Révolution, *la haute justice*, qui leur permet seule d'intervenir en matière criminelle (3). — Après un projet de suppression vivement combattu par Lamoignon auquel Talon s'associe, le privilège de juridiction des clercs est maintenu, même en dehors des matières purement ecclésiastiques (4). La compétence de l'official est fixée, territorialement, par le *lieu du délit* (5). L'asile, dans les Églises, reste supprimé, et la disparition de *l'asile ecclésiastique* déterminera, de la part des tribunaux, la négation de *l'asile territorial* (6). — La compétence des juridictions féodales est restreinte : par le *droit de prévention*

(1) *Procès-verbaux des Conférences*, p. 4-6. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 213.

(2) Loyseau (1566-1627), *Traité des seigneuries. De l'abus des justices de village*. L'auteur affirme qu'au temps où il écrivait « la confusion des justices en France n'était guère moindre que celle des langues lors de la tour de Babel ».

(3) Esmein, *op. cit.*, p. 217. — « La seule qualité de Juge du lieu du délit ne le rend pas compétent, s'il n'a point le *merum imperium*, c'est-à-dire parmi nous la haute justice, à laquelle appartient la correction des crimes, et l'infliction des peines, et non point à celui qui n'aurait que la moyenne et basse justice » (Bruneau, avocat au Parlement, *Observations et maximes sur les matières criminelles*, Paris, 1716, 2e maxime, p. 3).

(4) Esmein, *op. cit.*, p. 216, article 13 de l'Ordonnance « *N'entendons déroger par le précédent article aux privilèges dont les ecclésiastiques ont accoutumé de jouir* ».

(5) Lange, *Nouvelle pratique civile criminelle*, p. 325 : « Régulièrement, c'est l'official de l'évêque du lieu où le délit a été commis qui en doit connaître; cela est conforme à la disposition générale de l'article 1 du titre 1 de l'Ordonnance de 1670 qui porte que la connaissance des crimes appartiendra aux juges des lieux où ils auront été commis. Nous voyons aussi que l'édit de 1678 attribue la connaissance du délit d'un ecclésiastique à l'évêque du lieu où il a été commis ».

(6) Bernard, *Traité de l'extradition*, t. I, p. 250. Après 1670, les jurisconsultes se bornèrent à renvoyer aux dispositions de l'Ordonnance de 1539, maintenues par le silence de la Nouvelle Ordonnance. Louis XIV enleva aux palais et aux hôtels des Princes le privilège de les abriter. Le 17 octobre 1684, il ordonna que les décrets de justice s'exécuteraient dans le Temple, et dans tous les autres lieux de la ville de Paris.

qui est accordé aux baillis et aux sénéchaux chaque fois que le juge seigneurial n'a pas exercé sa compétence dans les 24 heures du délit (1), par le « *droit de ressort* » réservé aux lieutenants criminels de bailliages qui pourront seuls désormais, statuer en appel (2), enfin par l'extension indéfinie des *cas royaux* dont la liste n'est pas fixée (3).

La complication des justices tient encore à la multitude, parmi les juridictions royales, des *tribunaux d'exception*. Le respect de leur compétence spéciale en déterminera le maintien. Mais leurs attributions sont précisées, et fixées *in rem*, comme c'est le cas pour les *prévôts des maréchaux*, auxquels sont associés les *lieutenants criminels en robe courte*, *vice-baillis*, *vice-sénéchaux*, et qui connaissent des « *assemblées illicites et vols sur les grands chemins*, *vols faits nuitamment dans les villes*, *sacrilèges avec effraction*, *assassinats prémédités*, *séditions*, *émotions populaires*, *fabrication de fausse monnaie*, *quelle que fût la qualité des auteurs* (4). » Leur ressort est fixé *territorialement* : ainsi la compétence de la « juridiction des eaux et forêts » se règle par le lieu ou par la situation de la forêt ou des eaux (5). Enfin, leur juridiction paraît *subordonnée* à celle des tribunaux ordinaires : les lieutenants criminels des sièges présidiaux ont un droit de prévention par rapport aux prévôts des maréchaux, et lorsqu'ils ne l'exercent pas, il leur appartient encore de se prononcer sur la compétence du juge d'exception (6).

Par l'effacement progressif de toutes juridictions autres que les juridictions royales, par la coordination instituée parmi ces dernières, il semble que la *certitude* désirée dans la détermination du juge soit en voie de s'établir. Elle serait acquise, si l'on ne devait rappeler, pour donner un tableau exact de l'ordre judiciaire sous l'Ancien Régime, le principe de la *Justice retenue* issu de l'absolu-

(1) Titre I, article 9 de l'Ordonnance. Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 213.

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 213.

(3) La liste des cas royaux se termina par la formule suivante : « ... et autres cas expliqués par nos Ordonnances et règlements ».

(4) Titre I, article 13 de l'Ordonnance. Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 219.

(5) Article 9 de l'édit d'août 1669. Il est décidé, « que la compétence du juge ne se reglera point en fait des eaux et forêts par le domicile du défendeur, ni par aucun privilège des causes commises, ou autre quel qu'il puisse être, mais par le lieu, s'il s'agit de délits, abus et malversations... » (Bornier, *Conférences*, p. 4).

(6) Esmein, *op. cit.*, p. 219; Detourbet, *La Procédure criminelle au XVIIe siècle*, Paris, 1881, p. 12 et suiv.

tisme royal, qui permet au Roi d'enlever tout accusé à ses juges naturels, de nommer des commissions extraordinaires, et d'intervenir arbitrairement, d'une façon quelconque, dans le cours de la Justice. C'est le fait du Prince, étranger et supérieur à l'ordre légal. (1)

Il faut un juge à ressort *territorial*. Pussort aurait voulu attribuer au tribunal du *lieu du délit* une compétence *exclusive*, parce qu'il était important, disait-il, d'avoir un juge certain. Pour des raisons pratiques, tirées de l'intérêt des parties, la solution qui prévalut fût différente. — Quand le plaignant a saisi un autre juge — le juge du domicile de l'inculpé par exemple, ou celui du lieu de l'arrestation — si l'accusé ne réclame pas son renvoi, lors de la confrontation, avant la lecture de la première déposition, le débat continue (2). Prorogation de la compétence criminelle, fondée sur le consentement réciproque du poursuivant et de l'inculpé. Prorogation dont tout juge criminel peut bénéficier, même s'il n'est ni le juge du domicile ni celui du lieu de l'arrestation. En ce sens Bornier, commentant l'Ordonnance de 1670 a pu écrire que « cessant la réquisition du renvoy, tout juge est compétent ». (3)

A défaut de prorogation volontaire, *un seul juge est compétent : le juge du lieu du délit*. S'il est saisi du litige, soit par la personne lésée, soit par le Procureur du Roi, ou s'il se saisit lui-même, il jugera, sans qu'aucun renvoy puisse être exigé de lui (4). Il jugera, sans qu'il soit tenu compte du consentement ou du refus de l'une ou de l'autre des deux parties. L'article 1er de l'Ordonnance est ainsi conçu : *La connaissance des crimes appartiendra aux Juges des lieux où ils auront été commis, et l'accusé y sera renvoyé, si le renvoi en est requis ; même le prisonnier sera*

(1) Detourbet, *op. cit.*, p. 102.

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 213.

(3) Bornier, *Conférences*, p. 6 : « Tout juge (cessant la réquisition du renvoi), est compétent, encore qu'il ne soit ni le juge du domicile, ni le juge du lieu où le délit a été commis ; mais le renvoi ne peut être requis que par devant le juge du lieu du délit. Ce renvoi ne peut être requis que par l'accusé ou par le substitut de M. le Procureur Général ou par le procureur d'office du Seigneur du lieu où le délit a été commis » Bornier signale, sans la partager d'ailleurs, une opinion d'après laquelle le juge du domicile ne peut être contraint de faire le renvoi, s'il a prévenu et fait la capture du délinquant. Elle est contraire à l'article 1 de l'Ordonnance.

(4) Esmein, *op. cit.*, p. 213.

transféré aux frais de la partie civile, s'il y en a, sinon à nos frais, ou des seigneurs (1).

Donc, le juge du domicile a perdu toute compétence, même subsidiaire, qui lui soit propre. Sa juridiction, si parfois il l'exerce, n'a d'autre source que la volonté commune des parties. Cette prorogation de la juridiction criminelle que Jacobus de Bellovisu (2), avait admise, qu'après lui Farinacius (3) avait envisagée, corollaire du principe d'autonomie cher à Dumoulin et à Ayrault, l'Ordonnance de 1670, guidée sur ce point par l'esprit légiste, l'a admise. Mais les motifs de cette admission en déterminent la portée. Elle est spéciale au cas où le procès, mettant essentiellement en cause un intérêt privé, est intenté *per accusationem*. Elle est étrangère à la procédure *inquisitoire* ou *extraordinaire*, qui sera désormais, on va le voir, la forme normale du procès criminel.

Il faut, en effet, pour réaliser cet effet d'intimidation collective que la répression doit poursuivre, un juge qui possède un pouvoir d'initiative, des moyens d'investigation et d'instruction étendus. L'*accusatio* de la partie lésée n'est pas exclue ; comme on l'a vu, le législateur trouve, dans son intervention, l'avantage pratique de pouvoir mettre à sa charge les frais de la procédure (4). Mais l'originalité du système consacré par l'Ordonnance de 1670 vient de ce que, soudant l'une à l'autre et enchevêtrant les deux formes de la procédure, il a fait du particulier lésé un auxiliaire précieux de l'action publique.

D'abord, il permet à la victime, sans s'adresser directement au juge, sans se constituer partie civile, d'adresser une dénonciation au Procureur du Roi qui agira, suivant les règles de compétence et de procédure de l'*inquisitio* (5).

Le poursuivant s'est-il adressé au juge? La recherche des preuves ne lui incombera pas. C'est le juge qui procèdera à l'information, à l'audition secrète des témoins; lui qui, par des décrets rendus sur conclusions du Procureur du Roi, procurera la comparution de l'inculpé et s'assurera de sa personne; lui, qui l'interrogera secrètement (6).

(1) V. les Procès-verbaux des conférences, p. 4-6.

(2) *Suprà*, p. 130.

(3) *Suprà*, p. 182, notes 5 et 6.

(4) Esmein, *op. cit.*, p. 221.

(5) Detourbet, *La Procédure criminelle au XVIe siècle*, p. 34; Esmein, *op. cit.*, p. 221.

(6) Esmein, *op. cit.*, p. 223 et suiv.

Enfin, si la gravité du délit, résultant de l'information, paraît devoir justifier l'application d'une peine supérieure à l'amende, le *règlement à l'extraordinaire*, fait par jugement du siège assemblé, amènera, pour la suite du procès, toutes les rigueurs de la procédure inquisitoire (1).

Ces rigueurs, l'Ordonnance de 1670, malgré les protestations éloquentes de Lamoignon, malgré les réserves de Talon, les a aggravées. Le secret fut maintenu, l'enquête organisée hors la présence de l'inculpé qui ne put être admis à combattre les témoignages, dans la mesure où il en aurait connaissance, que par l'allégation et la preuve de faits justificatifs, postérieure à la visite du procès (2). La liberté de la contradiction fut restreinte par le serment imposé à l'accusé (3), par l'exclusion de tout défenseur en dehors d'un seul cas prévu (4). La cruauté du régime est attestée enfin par les variétés de la torture; l'horreur des procédés mis en œuvre pour extorquer l'aveu — et qu'aucune disposition législative ne vint restreindre — n'eut d'égale que celle des peines, dont les supplices de Ravaillac (1610) et de Damiens (1757) nous ont légué le souvenir.

Dans cet ensemble de formes, l'assistance d'un interprète ne devait offrir à l'étranger poursuivi criminellement qu'une garantie bien illusoire. Il devait être tenté de solliciter son renvoi, et de rechercher dans son pays une justice moins implacable. En Italie, la procédure inquisitoire était aussi en vigueur, mais elle comportait d'importants adoucissements — assistance d'un avocat, communication à l'inculpé des dépositions écrites, faculté pour lui de présenter des témoins à décharge — ignorés en France (5). En Allemagne, la fameuse constitution de Charles-Quint, la Caroline, en vigueur depuis 1532, faisait une part aux règles de la procédure accusatoire, et elle était, depuis 1635, l'objet des projets de réformes conçues dans un esprit libéral, de Carpzov (6).

En Angleterre enfin, le système accusatoire n'avait jamais cessé

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 225 et suiv.

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 234 et suiv., surtout p. 240.

(3) Lamoignon lutta en vain contre Talon, pour faire écarter la nécessité du serment (Esmein, *op. cit.*, p. 234).

(4) Il s'agit des « accusations où il y a des pièces rapportées pour la conviction de l'accusé, et où il peut en produire pour la défense ». Cette solution transactionnelle, imaginée par Talon, fut admise après un débat entre Pussort et le Président de Lamoignon, qui avait pris le parti des accusés (Esmein, *op. cit.*, p. 225 et suiv.).

(5) Esmein, *op. cit.*, p. 285.

(6) Esmein, *op. cit.*, p. 300 et suiv.

d'être en vigueur (1). Or, il est dans l'esprit de l'inquisition, sous toutes ses formes historiques, d'étendre sa compétence, en même temps que ses rigueurs. Vis-à-vis de l'étranger tombé en leur pouvoir, les juridictions françaises n'allaient-elles pas revendiquer la connaissance même d'une infraction commise à l'étranger, entre étrangers ? C'est la question qui s'impose maintenant à notre examen.

Section IV

La répression des infractions commises par des étrangers à l'étranger.

Sommaire. — Elle n'est admise que pour des catégories particulières de malfaiteurs. — Hors de là, le juge français ne peut être saisi que *per viam accusationis* de délits commis par des étrangers à l'étranger. — Renvoi possible de l'étranger devant ses juges naturels : conditions et procédure de l'extradition —. Les solutions précédentes, dégagées par Talon, sont confirmées par la jurisprudence.

Mornac rapporte que le président de la Tournelle au Parlement de Paris, en 1577, après avoir prononcé l'arrêt qui, réformant la sentence d'Ayrault, affirmait la compétence des juridictions françaises à l'égard du meurtre d'un Français par un Italien à Bologne « avertit le Barreau qu'entre les souverains de différents États, on observe de juger un criminel *au lieu où il est arrêté* » (2). — Cette opinion n'est pas conforme à l'interprétation d'Ayrault. On sait qu'il attribue à l'arrêt qui réforma son jugement un caractère exceptionnel, et l'explique par les circonstances particulières de la cause (3). Mais elle n'est pas conforme, non plus, à la doctrine qui domine, au XVIIe siècle, parmi les commentateurs de cet arrêt célèbre. Pour eux, la compétence du Parlement de Paris se fondait uniquement sur la nationalité de la victime, et sur le devoir de protection qui incombait à l'État, à l'égard de son sujet. Mais, pas plus en droit international qu'en droit interne, le lieu d'arrestation ne fournit, à lui seul, un criterium de compétence pénale (4).

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 315 et suiv.

(2) « Quin et præses, qui præerat judicio monuit in his verbis servari, inter diversarum monarchiarum Reges, ut ubi inventus sit Reus, ibi judicetur » (Mornac, *Observationes*, p. 305).

(3) Ayrault, *Ordre et formalité judiciaires*, livre I, article IV, n. 10, p. 50.

(4) La solution contraire paraît résulter du passage suivant de Bornier,

Une règle traditionnelle, à laquelle on ne propose pas de déroger, veut sans doute que les *vagabonds* puissent être jugés partout où on les arrête (1). Il est encore admis, en général, que la commission du vol se prolonge partout où le *voleur* se transporte en possession du fruit de son larcin : en sorte que, pour lui, le lieu d'arrestation se confondra souvent avec le *locus delicti* et pourra, sous cette dernière qualification, déterminer la compétence (2). Il est permis de se demander enfin si le *judex deprehensionis* ne peut bénéficier d'une prorogation de compétence, fondée sur le consentement réciproque des parties (3). Mais, sous ces réserves, la solution constante au XVIIe siècle consiste, nous le répétons, dans l'exclusion du *forum deprehensionis*.

La question se posa en 1632, dans les circonstances suivantes. A la suite d'un meurtre commis au pays d'Artois, alors étranger au royaume de France, et d'un décret de prise de corps pris par le lieutenant criminel d'Edin (Artois), contre le meurtrier présumé, Jean Ourdet, celui-ci s'était réfugié en France, en la ville de Montreuil-sur-mer. La veuve de la victime, Jacqueline Rousseau-ville, ayant présenté requête au juge de Montreuil, celui-ci fit arrêter et emprisonner l'inculpé, et le soumit à un interrogatoire. Mais la plaignante s'étant abstenue d'apporter les charges et informations dans un délai de quinze jours qui lui avait été assigné, Jean Ourdet fut élargi, et la dame Rousseau-ville condamnée à tous les dépens et au remboursement des épices. Elle interjeta appel, intima en même temps le juge de Montreuil qu'elle prit à partie. C'est dans ces conditions que l'affaire fut portée devant la Tournelle au Parlement de Paris, M. le président Séguier prononçant. Les conclusions

Conférences, p. 4 : « Il faut entendre l'article de cette ordonnance (article 1) pour le regard des accusés qui sont sujets du Roi ; car, pour le regard des criminels étrangers, ils doivent être jugés et punis au lieu où ils sont trouvés sans les renvoyer au pays de la domination d'un autre seigneur, où ils demeuraient lorsqu'ils ont commis le crime ». Mais l'auteur ajoute aussitôt : « Il y a néanmoins cette distinction à faire que, ou l'étranger est accusé par un naturel du pays dans lequel il se trouve, ou l'accusé et l'accusateur se trouvent tous deux en pays étranger. Au second cas, il est certain que le renvoi doit avoir lieu ».

(1) Bornier (*Conférences*, p. 6) dit que les vagabonds n'ayant pas de domicile « omnium subeunt forum ».

(2) Blondeau, *Journal du Palais*, t. I, p. 152 et suiv.

(3) Bardet, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, t. II, p. 75 et suiv.

de l'avocat-général Talon [1], dans ce débat, sont un des documents les plus complets et les plus explicites de l'époque sur la répression des crimes commis à l'étranger. Elles méritent d'autant mieux de retenir l'attention qu'elles reflètent le sentiment d'un homme qui devait, quelques années plus tard, jouer un rôle essentiel — un rôle d'arbitre — dans la préparation de l'ordonnance de 1670.

Or, Talon admet, en termes formels, que si l'étranger, auteur d'un crime à l'étranger, s'est réfugié en France, il pourra, sur la plainte de la victime, être jugé par les tribunaux français. Cette prorogation de la compétence criminelle, que l'ordonnance de 1670 consacrera en droit interne, Talon l'admet déjà en droit international : « Quand deux étrangers se sont offensés en pays étranger, et que celui-ci qui est le plus coupable s'est retiré et réfugié en France, nos Rois souffrent et permettent qu'on procède extraordinairement contre lui *per viam accusationis*, c'est-à-dire, que sur la seule plainte de l'étranger offensé on informe; qu'en cas de charges on décrète, et qu'enfin on fasse le procès à l'étranger qui a offensé [2] ». Mais la solution est spéciale à la procédure accusatoire : alors, en effet, le procès ressemble à un litige civil, où la volonté des parties est souveraine : « Cette forme de procédure est semblable à celle de deux étrangers qui ont contracté ensemble, et qui, pour raison de leur contrat, plaident en ce royaume : car on leur rend justice tout ainsi que s'ils étaient sujets du Roi, et soumis à la juridiction de ses officiers ». En effet : « nos Rois ouvrent et prêtent l'oreille à tous ceux qui implorent leur autorité et invoquent leur justice, *qu'ils font administrer également et indifféremment tant à leurs sujets qu'aux étrangers.* » — Quelle leçon anticipée de libéralisme et de logique infligée par Talon à notre jurisprudence actuelle qui, reconnaissant aux étrangers la jouissance des droits *civils*, s'abstient toutefois de les sanctionner et refuse de prononcer sur les litiges qui s'élèvent entre eux, à l'occasion de ces droits!

Mais si l'étranger criminel qui s'est réfugié en France n'est l'objet d'aucune plainte, il ne pourra être procédé contre lui *per viam inquisitionis*, « c'est-à-dire suivant la forme *ordinaire* de nos procédures criminelles et *extraordinaires*, où les gens du Roi sont toujours les principales parties ». C'est, qu'en effet, « le

(1) *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, pris des mémoires de feu M. Pierre Bardet, avocat en la Cour, t. II, p. 75.

(2) Bardet, *Recueil d'arrêts*, t. II, p. 75.

crime a été commis hors du Royaume en pays étranger et par des étrangers, sur qui ils n'ont point de juridiction ni d'intérêt, le Roi ni ses sujets n'ayant point été offensés ». Ainsi se trouve affirmé une fois de plus, en tant que principe et que mesure de la compétence criminelle, *l'intérêt du Roi* !

Est-ce à dire que l'impunité sera certaine, pour le criminel étranger? Non, car le renvoi est possible par devant les juges étrangers qui doivent connaître du procès « soit à cause de l'origine ou du domicile des parties, *ou bien à cause du lieu du délit* ». Mais il ne suffira, pour ce renvoi, ni d'une requête du plaignant, ni d'une décision du juge « parce que ce juge n'est pas assez puissant pour accorder ce renvoi qui ne regarde pas simplement sa juridiction, mais *qui concerne tout l'état et l'autorité du roi*, à qui seul, pour cette raison, il faut s'adresser ». — Ainsi, la jurisprudence libérale du XVIe siècle qui tendait à faire de l'extradition une institution judiciaire est condamnée. Il faudra des lettres patentes : en vertu de ces lettres, l'étranger fugitif sera conduit « *par devant ses juges naturels du lieu où il a délinqué.* » Mais à quelles conditions ces lettres seront-elles accordées? L'intimé se prévalait du droit d'asile qui ne souffre pas d'exception « sinon qu'il fût question d'un crime de lèse-majesté, auquel cas seulement les souverains se défèrent ce respect et se témoignent cette amitié de se renvoyer ceux qui ont été si mal avisés que d'attenter à leurs personnes ou contre le bien public de leurs États (1) ». Et, sans doute, cette solution s'autorisait des précédents historiques. Talon néglige l'asile territorial, qu'il juge sans doute aboli avec l'asile ecclésiastique. Il subordonne le renvoi à trois conditions de fond : d'abord, il faut qu'il s'agisse d'un crime *atroce* ; ensuite, il faut que la répression de ce crime ne heurte pas le sentiment public en France, ce qui aurait lieu infailliblement s'il s'agissait d'un crime d'hérésie « parce que le Roi permet la liberté de conscience en son Royaume », ou d'un crime de lèse-majesté « parce qu'en ce cas les souverains qui ne se conservent que par émulation ne veulent pas se déférer les uns aux autres ». Enfin, il faut que le renvoi ne soit pas contraire aux principes français sur la compétence criminelle, ce qui se produirait « si le lieu du délit était litigieux, s'il était respectivement prétendu de part et d'autre (2). »

Un trait frappe dans cette argumentation de Talon. C'est la sy-

(1) Bardet, *loc. cit.*, p. 74.
(2) Bardet, *loc. cit.*, p. 75.

métrie presque parfaite entre les solutions qu'il propose, sur le terrain de droit international, et celles qui prévaudront, sur le terrain du droit interne, dans l'Ordonnance de 1670. Même s'agissant du procès sous sa forme accusatoire, le *forum domicilii* qui occupait chez d'Argentré, et encore chez Ayrault et chez Bodin, la première place, perd sa primauté. Le *juge naturel* est celui « du lieu où il a délinqué », les autres juges mis sur le même plan, ne sont admis à bénéficier que d'une prorogation volontaire. Le renvoi entre juges français est rapproché de l'extradition, sauf que pour cette dernière, « il sera pris connaissance de cause »; et cette différence n'a nul besoin d'être justifiée. En réalité, Talon, devançant les temps, a tracé comme le schéma de l'extradition moderne. S'il est loin d'avoir reproduit exactement la pratique de son temps, il a peut-être ouvert les voies à une pratique meilleure. N'est-ce pas, en effet, à la fin du XVIIe siècle que l'extradition pour les crimes de droit commun (affaire de la marquise de Brinvilliers, 1676 (1) — affaire du duc et de la duchesse de Broglio, 1679 (2) — affaire Roussel, 1707) (3) s'est progressivement introduite dans les usages?

Mais quelle a été l'influence de Talon sur la solution du problème de compétence à l'égard des crimes commis à l'étranger entre étrangers? Il n'est pas douteux que, dans l'affaire à propos de laquelle il a fait connaître son avis, ses conclusions ont déterminé la décision du Parlement. La poursuite avait été intentée par la voie accusatoire, et le juge avait été saisi: mais, dans le délai qui lui était imparti, la plaignante n'avait pu apporter ni charges ni informations. Le renvoi de l'inculpé à son juge naturel du lieu du délit n'avait pas été demandé par les voies régulières, et il n'existait pas de « lettres patentes de sa Majesté, signées par un des secrétaires de ses commandements ». Si regrettable que fût l'élargissement de l'accusé, la décision que le juge de Montreuil avait prise était bien celle qui s'imposait à lui. Il ne restait donc qu'à mettre les parties hors de cour, en réservant à la veuve appelante la faculté de se pourvoir par les voies de droit. C'est ce qui fut prononcé.

Plus tard, en 1671, la question se posa à nouveau, devant le

(1) Bernard, *Traité de l'Extradition*, p. 252.
(2) Bernard, *op. cit.*, p. 254.
(3) Bernard, *op. cit.*, p. 256.

Parlement de Paris, dans les conditions suivantes. Le vol d'une boîte de diamants avait été commis à Venise, par deux Siennois, au préjudice d'un Arménien. Les malfaiteurs, Borghezy et Maffioly, furent arrêtés alors qu'ayant porté leurs diamants chez un joaillier, à Paris, ils offraient de les lui vendre. Poursuivis devant les juges du Châtelet (Prévôté de Paris), ils furent condamnés à mort. Sur appel, le Parlement de Paris, Grand'Chambre et Tournelle assemblées, réforma la sentence et les condamna à 9 années de galères (1).

Cependant les inculpés avaient, dès le début de la procédure, sollicité leur renvoi devant les juges de Venise, qui étaient leurs juges naturels. Ils avaient invoqué l'article 35 de l'ordonnance de Moulins et l'article 1er de la Nouvelle Ordonnance « qui ordonnent à tous Juges de renvoyer l'accusé au lieu du délit, s'ils en sont requis ». Ils s'étaient prévalus d'un ancien accord intervenu, au témoignage de Clarus, de Farinacius et de Chasseneuz, entre la France et la République de Venise, pour le renvoi des malfaiteurs au lieu du délit, accord qui, à vrai dire, n'avait jamais eu d'exécution (2). Ils avaient ajouté enfin — raison d'une pénétration singulière, — que *si on les jugeait en France, il faudrait le faire suivant les lois de la République de Venise*, ce qui offrirait quelque difficulté. Néanmoins les juges du Châtelet et après eux les conseillers du Parlement de Paris affirmèrent leur propre compétence. Est-ce à dire que, le procès s'étant engagé sur la plainte de la partie lésée, suivant la forme accusatoire, leur juridiction était prorogée? Dans le système de Talon, cette raison pouvait être donnée, car si la gravité des faits avait déterminé l'emploi de la procédure extraordinaire, c'est sur l'accusation de la victime que le procès s'était engagé. Telle n'est pas, cependant, la raison que proposent les commentateurs.

Tous, ou presque tous, font observer que les voleurs ayant été arrêtés en France, munis du produit de leur larcin, le vol pouvait être considéré comme ayant eu lieu, aussi, en France (3). Cette raison fut donnée au cours des débats, tels qu'ils sont rapportés par le *Journal du Palais*. On l'appuya sur l'opinion traditionnelle de Bartole, combattue à vrai dire par Julius Clarus dont l'avis personnel, disait-on, doit être négligé (4). Selon toutes les apparences,

(1) Blondeau, *Journal du Palais*, p. 152 et suiv.

(2) Blondeau, *loc. cit.*

(3) On verra plus loin qu'une explication différente a seulement été donnée au XVIIIe siècle, par Rousseau de Lacombe.

(4) *Suprà*, p. 180.

cette circonstance exceptionnelle détermina seule la solution du litige.

Il n'y a donc nulle contradiction entre l'arrêt de 1671, et celui qui fut rendu, l'année suivante, dans une affaire analogue, par le Parlement de Provence. Il s'agissait alors d'un vol fait à Gênes, entre deux gentilshommes gênois, l'un accusateur, l'autre accusé. Par arrêt prononcé à la Tournelle, le 19 janvier 1672, par M. le Président du Chesne, le renvoi fut ordonné (1).

En définitive, la solution qui triompha, plus absolue que ne l'avait voulu Talon, dans la jurisprudence du XVIIe siècle, est celle qui exclut la compétence des tribunaux français à l'égard des délits commis à l'étranger, entre étrangers. Toutes les fois qu'un intérêt français n'est pas en jeu, la juridiction française s'arrête aux limites du territoire. — L'étude de l'efficacité internationale des jugements répressifs permettra d'observer une autre application de cette idée.

Section V

Les effets extraterritoriaux des jugements répressifs.

Sommaire. — Sous le régime féodal, l'exécution d'un jugement étranger est subordonnée au *pareatis* du juge local et aux dispositions conformes de la coutume locale. — Exécution générale, dans tout le Royaume, des jugements prononcés par les juridictions royales. — Inefficacité des sentences étrangères. — Controverses relatives à l'article 121 de l'ordonnance de 1629. — Application aux matières pénales.

Le réveil de l'esprit féodal qui s'est manifesté dans la seconde partie du XVIe siècle, et qui a trouvé son interprète en la personne de Bertrand d'Argentré, s'est accompagné d'un renforcement de l'esprit local. Celui-ci s'est trouvé encouragé par la nouvelle rédaction des coutumes. Alors s'est répandu l'adage, issu des conceptions féodales, que *toutes coutumes sont réelles*, c'est-à-dire qu'elles régissent exclusivement les choses situées sur leur territoire (2). Il

(1) *Journal du Palais*, p. 149.

(2) Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, Paris, 1888, p. 287 et suiv. « Les dispositions (ou testaments), écrit Loisel (*Institutes coutumières*, livre II, tit. IV, règles 3 et 4, édition de Laurière, Paris, 1783) prennent leur force par les coutumes des lieux où les choses sont assises. Car les coutumes sont *réelles* ».

suit de là, *en ce qui touche les immeubles*, que la coutume ne produit pas d'effet en dehors de ce territoire : *clauditur territorio suo* (1). Quant à la compétence judiciaire, l'esprit local, en se fortifiant, n'a pu qu'accentuer la séparation entre les différentes justices. Néanmoins, l'idée s'imposait toujours que ces justices dépendaient toutes, directement ou indirectement, d'un même souverain ; que ces coutumes, malgré leurs différences, avaient une origine et un fonds communs; et qu'enfin leur application était subordonnée aux dispositions d'un droit supérieur, le droit des Ordonnances en vertu duquel leur réformation avait eu lieu.

Les conséquences de cet état de droit, à l'égard de l'exécution des jugements répressifs, sont les suivantes : un jugement n'a pas d'autorité *de plano*, hors du ressort du juge par lequel il a été rendu. Empruntant aux arrêts l'exemple qui présente l'intérêt pratique le plus certain, on dira qu'un jugement de condamnation rendu en Normandie et prononçant confiscation des biens n'entraînera pas, de plein droit, confiscation des immeubles situés en Bretagne. L'exécution ne pourra avoir lieu qu'en vertu du *pareatis* du juge local, *pareatis* qui ne sera pas toujours accordé sans connaissance de cause, sans revision du procès au fond (2).

De plus, les statuts pour la confiscation étant *réels*, l'exécution du jugement qui la prononce ne pourra avoir lieu que conformément au droit local. Charondas rapporte un arrêt où le Parlement de Paris l'a jugé de la sorte : « La confiscation jugée suivant la coutume de Paris n'eut point d'effet pour les immeubles situés en Anjou, où les biens ne sont confisqués qu'en deux cas : pour crime de lèse-majesté et pour hérésie » (3).

(1) Lainé, *op. cit.*, p. 292 « Rien, quant aux immeubles, écrit d'Argentré (*De statutis personalibus et realibus*, n. 2 et 3), ne peut se décider en vertu des volontés privées, ni pareillement se juger contre la loi du lieu où ils sont situés ». Cf. Lainé, *op. cit.*, p. 317.

(2) Bodin, *op. cit.*, liv. III, chap. VI, p. 466 : Chorier sur Guy-Pape, *Deciones senatus Delphinensis cum annotationibus Rambaudi Ferrerii*, Lyon (1692); Brillon, *Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux, par ordre alphabétique*. Paris, 1727, v° *Exécution*, t. III, p. 217. Cf. Moreau, *Effets en France des jugements en matière civile rendus par les tribunaux étrangers*, Bordeaux, 1883, p. 17.

(3) Arrêt mentionné par Basnage, *Œuvres*, 4e édit., t. I (1778), p. 233 qui le cite d'après Charondas, *Responsa*, liv. 9, R. 51 ; Lange (*Nouvelle pratique civile, criminelle, bénéficiaire*. 15e éd., 1755, t. II, liv. I, chap. X, p. 35), cite également un arrêt rendu en la Tournelle, le 13 février 1588, aux termes duquel une condamnation prononcée à Paris, pour homicide de soi-même n'entraîne pas confiscation d'un immeuble situé en Anjou.

Les effets du jugement, où qu'ils se produisent, sont limités, d'autre part, par la coutume *en vertu de laquelle il a été rendu*. En Normandie règne la maxime que « qui confisque le corps confisque les biens ». Néanmoins, la confiscation d'immeubles situés en Normandie ne peut avoir lieu en vertu d'un jugement prononcé en Bretagne, où, suivant l'article 658 de la Nouvelle coutume « la confiscation d'héritages n'a lieu » (1).

Les solutions précédentes s'expliquent par la séparation des justices, d'une part, par la réalité des coutumes de l'autre. Mais qu'on ne s'y trompe pas. La séparation des justices n'a nullement pour effet qu'elles s'ignorent, et refusent de coopérer mutuellement à l'exécution de leurs jugements. La réalité de la coutume ne correspond, en rien, à une idée de souveraineté territoriale (2). Le statut pour la confiscation est réel et territorial, parce qu'il concerne une *res immobilis*. Mais lorsqu'un jugement de condamnation entraîne une incapacité qui s'attache à la personne, telle que l'*infamie*, le statut en vertu duquel elle est prononcée étendra ses effets hors du territoire. D'Argentré est le premier à le proclamer (3).

La constitution de l'unité politique du Royaume de France, l'établissement d'un droit public ont bouleversé tout le système. Il en est résulté, bientôt, une distinction ignorée du droit féodal : la distinction entre les jugements rendus sur le territoire du Royaume, et les jugements rendus hors du Royaume : entre les jugements français et les jugements étrangers ; les premiers, exécutoires de plein droit, sans *pareatis*, dans toute la France ; les seconds qui, émanant d'une souveraineté étrangère, ne sont susceptibles d'aucun effet en France, même en vertu d'un *pareatis*. Sans doute, ces solutions ne se sont pas imposées d'un seul coup.

(1) Jurisprudence rapportée par Basnage, *op. cit.*, p. 232. En 1597, un soldat, Normand d'origine, mais domicilié en Bretagne, avait été condamné à mort par le prévôt de Dinan, et exécuté avec confiscation seulement de ses meubles. Le Seigneur du fief ayant été envoyé en possession des immeubles que le défunt possédait en Normandie, en vertu de la maxime que *qui confisque le corps confisque aussi les biens*, la sentence fut cassée sur appel.

(2) Bodin. *De la République*, liv. III, chap. VIII ; *De la souveraineté*, p. 134 et suiv.

(3) D'Argentré déclare personnelle, et produisant ses effets hors du territoire, la sentence qui a prononcé contre une personne l'interdiction ou l'excommunication, ou qui l'a marquée d'infamie (D'Argentré, *De statutis personalibus et realibus*, n. 7, 14, 16). Cf. Lainé, *Introduction*, t. I, p. 328. *Suprà*, p. 213.

Logiquement, toute sentence émanant des juges d'un seigneur suzerain doit être exécutée sur les terres de ses vassaux, sans autorisation ni *pareatis*, car l'inférieur ne peut donner *pareatis* au supérieur. Ainsi fut-il jugé le 25 février 1599 (1). Pour la même raison, dans le ressort d'un Parlement, les arrêts de ce Parlement sont exécutoires *de plano*, sans *pareatis*, permission, ni formalité d'aucune sorte (2). En revanche, la nécessité du *pareatis* subsiste, en général, entre les diverses justices établies dans le ressort d'un même Parlement; lorsqu'il s'agit d'exécuter dans le ressort d'un Parlement les arrêts ou sentences rendus dans un autre ressort, l'autorisation doit, dans la pratique, être demandée au juge du lieu d'exécution (3).

Or cette pratique est contraire au sentiment des légistes, qui veulent assurer l'unité de la justice royale, contraire au droit des Ordonnances qui, à plusieurs reprises, en 1474, (4) en 1560 (5), posent le principe que les décisions des justices royales, étant réputées émanées du souverain, doivent être exécutées, sans autorisation, sur toute l'étendue du territoire (6). La répétition même de ces mesures atteste la résistance qu'elles rencontrent de la part des Parlements imbus de l'esprit régional. Une solution transactionnelle résulte enfin de l'Ordonnance de 1667. Elle permet encore d'assurer l'exécution du jugement rendu dans un autre ressort, en adressant une requête au juge local, ou en sollicitant un *pareatis* du Parlement (7). Mais elle permet d'atteindre le même résultat par l'obtention du Grand Sceau royal (8). Désormais, l'autorité du sceau

(1) Arrêt du 25 février 1599, dans Bouchel, *Bibliothèque du Droit français*, avec les additions de Bechefer, 1671, v° *Pareatis*, t. II, p. 883. Cf. Moreau, *op. cit.*, p. 16.

(2) Arrêt du 25 février 1599, mentionné ci-dessus. Moreau, *op. cit.*, p. 17.

(3) Bourjon, *Le Droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, Paris, 1747, liv. VI, tit. VIII, chap. 6, section I, p. 579.

(4) Ordonnance du 2 septembre 1474, enregistrée au Parlement de Paris le 7 avril de la même année, Isambert, *Collection des Ordonnances*, t. 10, p. 687.

(5) Ordonnance d'août 1560. Isambert, t. 14, p. 46.

(6) Bodin, *Les six livres de la République*, l. III, chap. VI, p. 469. « Par cy devant on avait accoustumé de prendre lettres royaux, qu'ils appellent *Pareatis* quand il estoit question d'exécuter les mandements des magistrats royaux au territoire des seigneurs justiciers; mais ceste coutume est abolie, et souvent les Cours de Parlement ont défendu d'en user, parce que la Majesté du Souverain est en cela diminuée aucunement ».

(7) Moreau, *op. cit.*, p. 18.

(8) Tit. XXVII, art. 6, dans Isambert, t. XVIII, p. 155 : *Tous arrests seront exécutés dans toute l'étendue de notre Royaume en vertu d'un* pareatis *du*

royal est universellement reconnue dans tout le Royaume. — L'unité judiciaire est assurée, en même temps que l'unité législative est préparée par les ordonnances royales.

Quant aux sentences rendues par les juridictions seigneuriales, elles ne sont exécutoires *de plano* que sur les justiciables de ces juridictions; hors de là, il faut, pour les faire exécuter, l'autorisation du juge local [1]. Brodeau constate que les sentences rendues par les juges d'Église « n'ont point d'exécution parée », mais qu' « il faut se pourvoir par action devant le juge laïque et séculier [2] ». Dans la seconde partie du XVIIe siècle, le président de Lamoignon dira, non moins explicitement : « Les actes et contrats reçus par notaires apostoliques, jugements rendus par juges d'Église, *actes, contrats et jugements passés et rendus hors le pays de notre obéissance* sont écritures privées quant aux biens situés dans notre royaume, et n'emportent pas hypothèque [3] ».

Brodeau et le Président de Lamoignon, dans les passages précités de leurs ouvrages, établissent un rapprochement suggestif

Grand Sceau, sans qu'il soit besoin d'en demander aucune permission à nos cours de Parlement, baillifs, sénéchaux et autres dans le ressort ou détroit desquels on les voudra faire exécuter.

(1) Bodin, *Les six livres de la République*, liv. III, chap. VI, p. 467 : « Puis donc que les magistrats égaux en puissance ou qui ne tiennent rien les uns des autres ne peuvent estre commandés ni corrigés les uns par les autres, ni les seigneurs justiciers d'une même justice, il faut que le Magistrat supérieur ou le seigneur justicier dominant en prenne la connaissance; ou s'il est question d'exécuter les jugements des uns sur le territoire des autres, ils doivent user de prières honnêtes, comme font les princes souverains entre eux par commissions rogatoires, n'ayant puissance ni commandement hors leurs frontières et beaucoup moins que les magistrats entre eux, qui peuvent, en cas de refus, estre constraints par le supérieur ». De même Bouchel, *op. cit.*, vo *Scel*, t. III, p. 432.

(2) « Ce qui a été dit ci-dessus (concernant les actes et les jugements reçus et rendus en France) n'a point de lieu à l'égard des notaires ecclésiastiques, lesquels, par les lois de France, ne peuvent recevoir aucuns contrats, entre personnes laïques, jusqu'à une simple procuration pour chose temporelle et profane, sur peine de nullité; et même les actes qu'ils reçoivent pour choses spirituelles et ecclésiastiques, non plus que les sentences rendues par les juges d'Église, ne produisent aucune hypothèque, n'ont point d'exécution parée, les juges d'Église n'ayant point de scel authentique, point de territoire ni aucun pouvoir, en ce qui est de réel, soit meuble ou immeuble, mais il faut se pourvoir par action devant le juge laïque et séculier » (Brodeau, *Coutume de Paris*, dissertation sur les articles 164 et 165 de la Coutume, no 7). — Cf. Lainé, *Considérations sur l'exécution forcée des jugements étrangers en France, Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1903, p. 550.

(3) Lamoignon, *Arrêtés*, 3e partie, tit. XXI, n. 5, p. 100.

entre les jugements ecclésiastiques, et les jugements étrangers. Il faut en conclure que ces derniers sont sans aucune exécution dans le Royaume (1). Pourtant, la controverse s'est établie sur l'article 121 de l'Ordonnance de 1629, ainsi conçu : *Les jugements rendus, contrats ou obligations reçus ès royaumes et souverainetés étrangères pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre dit Royaume, ains tiendront les contrats lieu de simples promesses, et nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par devant nos officiers* (2). Sur ce texte, un système longtemps défendu a fondé une distinction entre les jugements rendus contre des Français ou contre des étrangers : ces derniers seraient susceptibles d'avoir autorité de chose jugée et d'être exécutés en France (3). Quelle que soit la valeur ou du moins la portée doctrinale d'une Ordonnance que huit Parlements, et notamment celui de Paris, se sont refusés à enregistrer (4). M. Lainé a montré, dans une étude décisive, que la distinction prétendue fut étrangère à l'intention de ses auteurs non moins qu'à la jurisprudence des XVIe et XVIIe siècles (5). Les arrêts cités sur la question, dont la plupart sont relatifs aux matières civiles, refusent tout effet en France aux sentences étrangères, et fondent cette solution sur le respect de la souveraineté territoriale et de l'indépendance réciproque des États (6). Brodeau, qui mentionne les plus importants, ajoute ce commentaire : « C'est une maxime hors de controverse que les sentences et les jugements souverains, donnés hors le royaume par juges étrangers, ne peuvent

(1) Au XVIe siècle, Bodin, après avoir parlé des difficultés que soulève l'exécution en France d'un jugement prononcé *en matière civile* à Venise contre un Français ajoute : « Toutesfois s'il estoit question de l'honneur ou de la vie, on ne doit pas exécuter les jugements des magistrats étrangers, si on n'a congnu du mérite de la cause et vu les charges ».

(2) Lainé, *Considérations*, *Revue critique*, 1903, p. 534.

(3) V. notamment Fœlix, *Traité du droit international privé*, t. II, p. 70; Moreau, *Effets internationaux des jugements*, p. 23 et suiv., et d'autres auteurs cités par Lainé, *Considérations*, *Revue critique*, 1903, p. 536, note 1.

(4) Lainé, *Considérations*, *Revue critique*, 1904, p. 89 et suiv.

(5) Lainé, *Considérations*, *Revue critique*, 1903, p. 538 et suiv.

(6) Ainsi les arrêts des 13 août 1534 (rapporté dans les *Œuvres* de Chopin, édition de 1663, t. I, *Coutume d'Anjou*, liv. I, art. XLIII, n. 15, p. 271); 11 juillet 1598 (cité par Bouchel, *Bibl. du droit français*, v° *Compétence*, p. 597, édit. de 1667); 7 janvier 1609 (Tronçon, *Le Droit français et Coustume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, 4e édit., 1664, p. 374).

être exécutés sur les biens situés en France, où l'on vit sous d'autres lois ou maximes, quand même on aurait obtenu le *pareatis* et la commission du juge royal du domicile; ainsi il faut se pourvoir par nouvelle action devant lui (1)... ». Le rapprochement établi par Brodeau lui-même, et par le Président de Lamoignon avec les jugements ecclésiastiques ne laisse subsister aucun doute (2).

En matière répressive, les applications de ce principe sont les suivantes. Les mesures d'instruction émanant d'un tribunal répressif étranger sont sans aucun effet sur le territoire; le décret de prise de corps d'un juge d'instruction étranger n'est pas susceptible d'être mis à exécution (3); et l'on a pu voir, dans le procès de 1632 dont les débats ont été rapportés plus haut (4), que si la demanderesse étrangère a été priée de produire ses charges et informations, il n'a été prévu qu'aucune commission rogatoire pût

(1) Brodeau, *Coutume de Paris*, dissertation sur les articles 164 et 165 de la coutume, n. 9.

(2) V. ci-dessus, p. 260.

(3) Bardet, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, t. II, p. 77 : « Le décret, dit Talon dans ses conclusions précitées, ne pouvait avoir aucune exécution en ce royaume, non plus que les contrats qui sont passés en pays étranger, pour raison desquels on a une simple action ». — Dans le Recueil des « *Œuvres d'Omer et Denis Talon*, publiées par Rives (Paris, 1821), t. III, p. 94, l'argumentation de Talon est rapportée en ces termes, où l'on trouve, au double point de vue des matières civiles et pénales, un fidèle exposé de notre ancien droit monarchique : « Les contrats et les sentences passés hors le Royaume non seulement n'emportent point hypothèque, mais ils n'emportent exécution ni parée, ni parable. Le scel du Roi est exécutoire par tout le royaume, et comme son autorité est égale et uniforme, l'exécution en doit être pareille partout. Le sceau des seigneurs hauts justiciers ne s'exécute que dans le détroit de la juridiction que le roi leur a concédée : hors cela il faut demander *pareatis* qui s'accorde avec connaissance de cause. Mais les actes faits aux pays étrangers sont écritures privées : en nul cas elles ne sont ni ne peuvent être rendues exécutoires; il faut intenter son action en matière civile, et son accusation en matière criminelle. — Or nous soutenons que le lieutenant-criminel de Montreuil n'a pas dû, de son autorité, donner *pareatis* d'exécuter un décret émané des juges du pays d'Artois. — Il a pu, sur la plainte d'un assassinat rendue par une veuve, arrêter un homme accusé et le retenir quelque temps, jusqu'à ce que, par une instruction plus ample, il fut informé de la vérité de l'affaire, mais comme il ne pouvait ni ne devait souffrir l'exécution d'une ordonnance rendue par des juges étrangers, il n'a pas dû renvoyer l'accusé par devant ces mêmes juges : cette action est au-dessus de son pouvoir ».

(4) Bardet, *eod. loco*. *Suprà*, p. 251.

être donnée à des juges étrangers à cet effet. Un jugement de condamnation étranger prononçant la confiscation n'est susceptible d'aucune exécution sur les immeubles situés en France (1). Aucune incapacité personnelle ne peut résulter d'un jugement répressif rendu à l'étranger (2).

Une solution paraît toutefois en contradiction avec le principe. Deux arrêts de 1631 et de 1634, rapportés, le premier par Basnage (3), le second par Merlin (4), auraient admis qu'un jugement prononcé à l'étranger éteint en France l'action publique et l'action civile. L'autorité de la chose jugée, dans sa portée négative, serait attachée aux jugements étrangers. La valeur de ces décisions, qui nous sont mal connues, ne doit être admise que sous réserve. Elles sont inconciliables avec l'idée, énoncée par tous les autres jugements et approuvée par tous les auteurs que « les effets des jugements sont limités par les bornes de la puissance et de l'autorité de ceux qui les rendent (5) ».

(1) Brodeau (*loc. cit.*), cite un arrêt de 1603 rendu à l'occasion d'un jugement donné au *Buffet du Duc de Lorraine*, qui a jugé qu'une condamnation à une peine afflictive ou infamante et à la confiscation des biens est sans effet en France. Cf. Peiron, *De l'effet des jugements étrangers rendus en matière pénale*, thèse Lyon, 1885, p. 83.

(2) Un arrêt du Parlement de Provence (Boniface, *Recueil des arrêts notables du Parlement de Provence*, t. II, tit. I, liv. I, chap. XVI, p. 279) du 21 novembre 1641 décide que l'individu condamné aux galères par les officiers d'une monarchie étrangère conserve, malgré sa condamnation, la capacité de disposer par donation des biens qu'il possède en France. L'arrêt est fondé sur le fait que les magistrats de France n'ont pas été offensés. Peiron, *De l'effet des jugements étrangers*, p. 88.

(3) Un arrêt de la Chambre de la Tournelle, du 24 mars 1631, déclare non-recevable une action en dommages-intérêts intentée contre un meurtrier absous en pays étranger. Basnage, sur la *Coutume de Normandie*, article 145, t. I, p. 215. Cf. Moreau, *Effets en France des jugements*, p. 29.

(4) Un arrêt de la Chambre de l'Édit, du 31 août 1634, décide qu'un jugement du conseil de Genève relatif à une infraction commise par un Français sur le territoire de Genève éteint définitivement l'action publique en France (Merlin, *Répertoire*, v° *Non bis in idem*, n. 3).

(5) Brillon, *Dictionnaire des arrêts*, v° *Étrangers*, p. 146, n. 14; Lainé, *Revue critique*, 1903, p. 547.

CHAPITRE VII

LA COMPÉTENCE PÉNALE AUX PAYS-BAS DU XVIe AU XVIIIe SIÈCLE ET LA FORMATION DU DROIT DES GENS

Sommaire. — L'évolution historique aux Pays-Bas. — Le régime féodal et la compétence principale du *forum domicilii*. — Développement des communes. — Avénement de la monarchie et progrès du système territorial. — Grotius, et son influence sur l'avenir du droit pénal international.

Le mouvement intellectuel qui avait pris naissance en Italie et s'était manifesté en France a commencé, dès la fin du XIIe siècle, à se propager aux Pays-Bas. Dès cette époque, l'Université de Paris attire un certain nombre d'étrangers, avides de connaître la littérature française et latine. Les diverses Universités de France et d'Italie comptent, aux XIIIe et XIVe siècles, dans leur population d'étudiants, des Belges auxquels on enseigne, avec le droit romain, les commentaires que les glossateurs et postglossateurs lui ont attachés, et qui les rapportent dans leur pays. Lorsqu'un nouveau centre d'études s'établit à Louvain, au XVe siècle, la Doctrine italienne des statuts y fut enseignée, comme elle l'était à Orléans, à Montpellier, à Toulouse.

Dans son application aux problèmes de compétence pénale, la doctrine statutaire devait subir l'influence des circonstances politiques, dont le développement offre un certain parallélisme avec l'évolution qui se poursuivait, à la même époque, en France. Depuis qu'en 925 Henri l'Oiseleur avait rattaché la Lotharingie à l'Allemagne, les Pays-Bas étaient, en théorie, partie intégrante de l'Empire germanique. En fait, ils étaient divisés en un certain nombre de comtés (Hainaut, Namur, Luxembourg, Hollande), de duchés

(Brabant), de principautés ecclésiastiques (évêché d'Utrecht). Les plus puissants de ces seigneurs, notamment le comte de Hainaut, le duc de Brabant, qui possédait Louvain, Bruxelles, Anvers, tendaient à se détacher de l'Empire. Du XIIe au XIVe siècle, le régime des Pays-Bas était le régime féodal, avec ses conséquences sociales, politiques et juridiques. Le 25 juillet 1349, une Ordonnance de l'Empereur Charles IV (*bulla aurea Brabantina*) accorda à Jean de Brabant et Limbourg le privilège « *de non evocandis subditis in causis civilibus et criminalibus* ». Les vassaux et serviteurs des ducs de Brabant ne pouvaient être appelés à comparaître que devant lui (1). Les effets de ce privilège s'étendirent à quiconque s'établissait, même pour peu de temps, dans le Brabant (2). La compétence du *forum domicilii* était admise, et semblait avoir un caractère exclusif (3). L'application du texte fut, dans les rapports du Brabant et des États allemands, une source de difficultés et un prétexte à représailles, jusqu'au traité de Westphalie qui s'efforça d'y mettre fin (4).

Au XIVe siècle, la puissance de la féodalité est limitée par le développement des communes. Comme les villes du Nord de la France, les villes de la Flandre et du Brabant — Arras, Lille,

(1) « Quod nullus archiepiscopus, episcopus, princeps, comes... in quibuscumque causis civilibus, criminalibus, realibus aut personalibus, res, vitam contingentibus vel honorem, aliquam jurisdictionem seu judiciariam potestatem temporaliter in subditos, vasallos ac servitores dictorum ducis, heredum et successorum ipsius, infra ducatus Lotharingiæ, Brabantiæ et Lymburgiæ ac marchionatum imperii et eorum districtus appendia et quascunque pertinentias constitutos.... exercere præsumat, nisi primitus efficaciter ac legitimo documento probetur, quod a judicibus... petenti seu petentibus... justitia fuerit denegata... » (Böhmer, *Acta imperii selecta*, n. 846). Cf. Kohler, *Internationales Strafrecht*, p. 54.

(2) Kohler, *Internationales Strafrecht*, p. 55.

(3) Les États allemands se plaignirent à l'Empire « das ermeldter Rath keine Scheu trage, offentlich zu behaupten und ihre vermeinte Bullam so weit zu erstrecken, dass wider die Brabantischen Unterthanen oder welche sich auf eine Zeit lang daselbst heuslichen niedergelassen, in Römischen Reich so wenig in realibus in loco rei sitæ, als in criminalibus et civilibus in loco delicti vel contractus einige judicatur, viel weniger Straff vorzunehmen ». — Kohler, *loc. cit.*

(4) *Instrumentum pacis* Osnabrug, IX. I (= Instr. pacis Monast. 67) : IX, § 1. Ut et abusus bullæ Brabantinæ indeque natæ repressaliæ et arresta..... penitus tollantur (Kohler, *loc. cit.*). V. sur les abus de la *bulla Brabantina* : Hertius. *De selectis et rarioribus ex jurisprudentia universali argumentis*, tomus II, Francofurti 1700. *De subjectione territoriali dissertatio*, § 9, p. 381, et suiv.

Douai, Ypres, Bruges — ont leurs privilèges, leurs franchises, leur autonomie législative. La richesse de ces villes, développée par leurs relations commerciales et politiques avec l'Angleterre, leur vie municipale intense résultant de la lutte entre le parti des marchands groupés en syndicats « guildes » et celui des artisans divisés en « métiers », les dissentiments qui les séparent sont autant de traits communs avec les cités lombardes. Peu s'en faut qu'elles aussi, se constituent en Républiques, et que leur esprit d'individualisme outré les conduise à l'indépendance. L'administration de la justice criminelle, sur leur territoire, est aux mains de leurs officiers municipaux (1).

Au début du xv[e] siècle, l'avènement d'une monarchie puissante, autoritaire et centralisatrice, abolit les divisions féodales et restreint le particularisme municipal. L'extinction des familles seigneuriales (Hainaut, Hollande, 1345; Brabant, 1355; Flandre, 1384), certaines alliances dynastiques, certaines habiletés diplomatiques ont rattaché les Pays-Bas au Duché de Bourgogne. Sous l'inspiration de Philippe de Leyde, l'auteur du *De cura reipublicæ*, qui est le théoricien hollandais du despotisme, comme Bodin en sera, un siècle plus tard, le théoricien français, le duc de Bourgogne réalise l'unité administrative et judiciaire. Il substitue aux officiers seigneuriaux héréditaires des baillis royaux, introduit l'appel, organise des conseils de justice, et, en 1473, une juridiction souveraine unique : le Parlement de Malines. Devant ces tribunaux, la procédure inquisitoire est en vigueur, avec les caractères généraux qu'elle a en France (2).

L'évolution est parallèle à l'évolution française, et le résultat est semblable. Sur le terrain de la compétence pénale, l'organisation nouvelle invite à l'application du principe territorial, tempérée par les exceptions qu'introduiront peut-être l'influence italienne, ou le désir de protéger des intérêts nationaux. Mais voici

(1) Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 312. Comme dans les communes françaises, à la même époque, le droit d'être assigné, seulement, devant les juges de leur ville, est réservé aux bourgeois. Voici, par exemple, la coutume d'Anvers : « Nul, quel qu'il soit, ne peut appréhender un bourgeois d'Anvers pour quelque délit que ce soit, et le faire conduire hors dudit quartier, mais il doit le conduire à Anvers, et l'y livrer à l'officier, et les officiers doivent administrer droit et justice ». Même privilège dans la coutume d'Alost (Bernard, *Traité de l'Extradition*, t. I, p. 121).

(2) P. Fredericq, *Essai sur le rôle politique et social des ducs de Bourgogne dans les Pays-Bas* (1875), p. 168 et p. 183. Cf. Allard, *Histoire de la justice criminelle au xvi[e] siècle*, p. 139 et suiv.

qu'au XVI[e] siècle, un bouleversement se produit, et appelle d'autres bouleversements. Les Pays-Bas ne seront pas le royaume centralisé, unitaire et paisible que les circonstances précédentes ont préparé. Ils seront le champ clos où s'entrechoqueront les passions religieuses, où les libertés politiques seront enfantées dans le sang versé par l'Inquisition. Ils seront la fenêtre ouverte sur les conflits qui, au même moment, divisent les États d'Europe. Et de leur guerre d'affranchissement, de leurs dissensions intérieures sortira, contre toutes prévisions, un État nouveau, un État « tentaculaire » dont les initiatives, l'activité, les ambitions s'étendront bien au delà des limites de la vieille Europe. Si, dans ces conditions, les Pays-Bas ont vu naître celui que longtemps on a appelé le « fondateur » du droit international public, et qui n'en fut en réalité que l'apôtre et le vulgarisateur de génie, *Grotius*, cette apparition ne saurait surprendre. La formation des grandes unités politiques avait fait surgir des problèmes que les principes du droit individualiste des Romains — du *jus civile*, seul objet, jusque-là, des spéculations scientifiques — ne permettaient pas de résoudre. Et ces problèmes, en Espagne, en Italie, en Angleterre, avaient occupé de puissants esprits. Par les luttes internationales dont elle avait été, et dont elle allait être le théâtre, par les convoitises qu'elle suscitait, par les relations complexes qu'elle nouait avec des nations étrangères, la Hollande, malgré sa faible étendue, était un pays « international » par excellence. Et comme la Lombardie du XIII[e] siècle avait été le berceau du droit pénal interstatutaire, la Hollande du XVII[e] devait être le berceau du droit pénal international.

L'influence de Grotius sur les destinées ultérieures du Droit des gens est incalculable. Il convient d'autant mieux d'en chercher l'origine dans les écrits de ses contemporains, qui ont subi le premier choc de sa pensée. Déjà, chez les criminalistes, un conflit s'élève entre deux tendances : la tendance nationaliste qui, dans un État jaloux de sa souveraineté fraîchement conquise, veut l'affirmation intransigeante du principe territorial, l'exclusion absolue des lois étrangères — et la tendance libérale, celle de Grotius, qui, sur l'observation de l'homme, être raisonnable et social, sur l'accord présumé des nations, fonde l'extension indéfinie de la compétence pénale et l'interpénétration des souverainetés. C'est dans un effort de transaction entre ces tendances que consiste l'œuvre des successeurs immédiats de Grotius. On essaiera, à la fin de ce chapitre, d'en déterminer les résultats et la valeur.

SECTION I

La Compétence pénale dans les Pays-Bas belges. La théorie de Burgundus.

SOMMAIRE. — Régime des Pays-Bas sous le règne de Philippe II. — Influence des idées féodales et de la doctrine italienne. — *Damhouder* et *Christinæus :* compétence du *judex domicilii.* — *Burgundus.* — Affirmation du principe territorial. — Effet strictement territorial des jugements répressifs. — Exceptions fondées sur la volonté expresse du législateur; sur l'idée de quasi-territorialité. — Compétence exceptionnelle du *judex deprehensionis* qui appliquera la *lex loci.* — Effet international des incapacités générales.

A la mort de Charles le Téméraire, duc de Bourgogne (1477), la souveraineté des Pays-Bas est transférée, par le jeu des alliances dynastiques, à la maison des Habsbourg. Devenus la proie de Philippe II, roi d'Espagne et successeur de Charles-Quint, ils sont le théâtre de la répression féroce déterminée par l'expansion de la Réforme, au XVIe siècle. Le nom du duc d'Albe s'attache sinistrement à la création du Tribunal de Sang, aux pratiques cruelles de l'Inquisition religieuse, préparées par les ordonnances des 5 et 9 juillet 1570 qui appliquent, mais dans un esprit de rigueur, les principes de la procédure extraordinaire (1). La Pacification de Gand (1576) marque la fin des persécutions religieuses. Alors se produit la scission entre les protestants de Gueldre, de Hollande, de Zélande, dont le pacte (Union d'Utrecht, 23 janv. 1579) deviendra la constitution de la République indépendante des Provinces unies, tandis que l'Union d'Arras réconcilie les catholiques du Sud avec Philippe II. Au seuil du XVIIe siècle, le gouvernement sage et modéré des archiducs Albert et Isabelle conserve définitivement la Belgique à l'Espagne. Séparés de leurs frères hollandais, les Pays-Bas espagnols trouvent, dans la restauration de leur autonomie locale favorisée par la rédaction de leurs coutumes, dans la renaissance de leur industrie, dans l'activité de leur Université de Louvain, dans l'éclat de leur art, où le génie italien se mêle aux formes grasses et plantureuses du pinceau de Rubens, la compensation de leur indépendance perdue.

L'aspect composite que présente l'art belge au XVIIe siècle se

(1) Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 312; Allard, *Histoire de la procédure criminelle au XVIe siècle*, § 236.

remarque également dans les dissertations des juristes. L'esprit de centralisation autoritaire, favorisé par la longue durée d'un pouvoir despotique, est prépondérant, et il se traduit notamment par les progrès de la procédure inquisitoire. Mais on doit signaler aussi un retour de l'esprit local, consécutif au réveil féodal, dont Bertrand d'Argentré fut le porte-drapeau en France. Enfin, la prospérité des études fait revivre l'influence italienne.

La première tendance est dominante chez le criminaliste J. *Damhouder* (1507-1581). Son grand ouvrage, *Praxis rerum criminalium* (Anvers 1555) est contemporain des dernières années de Charles-Quint. Il s'occupe de la procédure inquisitoire qu'il admet dans tous les cas graves, avec le système des preuves légales et l'application de la torture. Plus tard, Damhouder devait être un des rédacteurs des fameuses Ordonnances de Philippe II, en 1570, dont certaines dispositions ont survécu, dans la pratique, à la Pacification de Gand (1). Pourtant, sur la question de compétence pénale, qu'il envisage au point de vue du droit interne, Damhouder admet concurremment le *forum domicilii*, le *forum delicti*, le *forum deprehensionis*. Il cite en premier lieu le *forum domicilii*. Il ne formule aucune préférence au profit du *forum delicti* (2). L'influence du droit romain, éclairé à la même époque, en France, par les travaux de Cujas et de Doneau, est manifeste. Damhouder s'inspire aussi de la Doctrine et de la pratique italiennes, lorsque, constatant que la *remissio* n'a pas lieu dans les relations internationales, il détermine la priorité, entre ces trois juges, par la *preventio* (3).

(1) Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 312.

(2) Damhouder, *Praxis rerum criminalium*, Antwerpiæ, 1555, p. 63 : « In tribus locis judicis competentia in criminalibus spectabitur, videlicet in loco ubi citatus moratur, ubi delictum commissum fuerit et ubi citatus captus fuerit ». — Cf. Meili, *Die hauptsächlichsten Entwicklungsperioden des internationalen Strafrechts*, Zurich, 1908, p. 18.

(3) Damhouder, *op. cit.*, p. 1 et suiv. : « Sunt qui contendant de jure communi remissioni in criminalibus locum esse. Alii autem secus censent dicentes se nusquam legisse legem illam in criminalibus remissionem admittentem. Quare omissis hic innumeris opinionibus statui propriam sententiam aperire, qua censeo remissionem in criminalibus nullum habere locum, nempe quod preventio omnem hujusmodi remissionem excludat. Preventio enim isthæc privat alium judicem, etiam competentem, jurisdictione ». Cf. von Martitz, *Internationale Rechtshilfe*, t. I, p. 156.

P. Christinæus (1543-1631) fut l'auteur d'un commentaire des lois municipales de Malines (*In leges municipales Mechlinienses*) paru en 1625, et d'un Recueil des sentences rendues par le Grand Conseil de Malines (1). Il admet également la compétence du *forum domicilii* et celle du *forum delicti*, mais il paraît donner la préférence à la première, et subordonne la seconde à la condition que le délinquant ait été arrêté au lieu du délit. Il n'admet la compétence du *forum deprehensionis* qu'à l'égard des vagabonds (2). Christinæus a subi, au premier chef, l'influence féodale de Bertrand d'Argentré, et celle de Burgundus.

Quand parut l'ouvrage de Christinæus, *Burgundus* avait écrit depuis quelques années (1621) son *Tractatus ad consuetudines Flandriæ*. Dans son œuvre se rencontrent, de la façon la plus remarquable, les diverses influences politiques et scientifiques qui s'exerçaient de son temps, dans les Pays-Bas espagnols. Il s'y joint un mérite incontestable d'originalité personnelle.

Burgundus (Nicolas de Bourgoigne) (1586-1649) originaire d'Enghien, avocat à Gand, professeur à Ingolstadt, enfin membre du Conseil de Brabant, écrivit, au temps où il était encore au barreau, et publia en 1621, sous le titre « *Ad consuetudines Flandriæ aliarumque gentium Tractatus controversiarum, in quibus potissimum discutiuntur usuique et moribus accommodantur non solum Flandriæ sed et aliarum regionum* » un ouvrage composé de quinze dissertations, dont les sept premières sont consacrées au conflit des lois (3). Cet ouvrage, écrit dans un latin élégant et pur, fut remarqué en France.

M. Lainé voit surtout chez Burgundus un disciple de d'Argentré, qu'il cite dès le début de son ouvrage, en le qualifiant de « vir excellentissimi ingenii (4) ». Comme d'Argentré, Burgundus admet la division exclusive des statuts en deux classes, professe que la réalité

(1) *Decisiones practicarum quæstionum*, qui furent publiées en 1671. Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 403.

(2) Christinæus, *In leges municipales Mechlinienses*, tit. sextus, art. XI, n. 2 et 4, édit. d'Anvers, 1657, p. 217 et 218 : n. 2. « Vagabundus potest ubique puniri secundum communem opinionem Doctorum »; n. 4. « Siquidem quis forum in delictis sortitur non solum ratione domicilii sed etiam loci delicti in quo reperitur » (Cf. Meili, *loc. cit.*).

(3) V. Nic. Burgundi *ad consuetudines Flandriæ aliarumque gentium Tractatus controversiarum*, Arnheim, 1646.

(4) Lainé, *Introduction*, t. I, p. 402.

est la règle, et se montre plus restrictif encore que d'Argentré dans la désignation des statuts personnels : il ne reconnaît ce caractère qu'aux dispositions qui ont pour objet l'état des personnes, et la capacité de s'obliger (1). — Pourtant, Burgundus s'est rendu compte de la disparition du régime féodal, et de ses conséquences juridiques. Dans un passage relatif à la confiscation des biens, il signale que le lien qui peut exister encore entre un seigneur et son vassal est devenu un lien personnel, indépendant de la possession d'un fief, sans effet sur la condition de la terre : celle-ci ne peut être grevée de droits que par l'usage ou la convention (2).

Quant à la compétence pénale, le principe dominant, pour Burgundus, est celui de la stricte territorialité, étranger aux conceptions féodales. Il le justifie d'abord par la diversité des incriminations et des peines, qui dépendent des idées et des habitudes de chaque pays. Les Belges sont pleins d'indulgence pour l'ivrognerie qui, en Espagne, mène à l'infamie (3). Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà ! Il fait intervenir, en second lieu, une présomption de volonté, évidemment empruntée à la doctrine italienne : par la commission du délit, le malfaiteur s'oblige tacitement à la réparation du dommage. Mais ceci, observe Burgundus, concerne seulement les rapports de l'inculpé avec la personne lésée, donc la procédure ordinaire (4). Pour justifier l'initiative du

(1) Lainé, *loc. cit.*

(2) Burgundus, *op. cit.*; Tractatus III, *Utrum sententia confiscationis egrediatur territorium*, p. 126, nº 17 : « Vassallus est, qui fidelitatem jurat, non qui feudum possidet; et alioquin vera natura feudorum fere apud nos exolevit : nec aliud jam quam umbra superest antiqui πολιτεύματος. Nam postquam principes cœpere uti stipendario milite, nervosque belli a populo exigere, omnis illa militandi et protegendi servitus in dissuetudinem abiit. Ita quidem ut amplius feuda beneficia non sunt; sed mera bona patrimonialia, haud aliis oneribus supposita quam vel consuetudine vel pacto exprimitur ».

(3) *Op. cit.*, *Tractatus III. Quis locus spectari debeat in quasi contractibus et in iis quæ circa contractus consistunt*, p. 155, n. 2. « Sed et in delictis rationem loci habemus in quo sunt commissa; ideoque ut sciamus id quod sit licitum, necne, ad ejusdem loci mores recurrendum erit.... Nam ut supra ex stoicorum sententia retuli, scelus per se scelus non est, quia causam ejus natura non distinguit. Sed ipsa lex, quæ pro communi utilitate aliis severior, aliis remissior. Neque enim quod hic licet et alibi liceat necesse est. Apud Belgos vino madere turpe non habetur cum ex bona ratione proficiscatur, ut ante ostendimus. Ebrietas autem in Hispania infamiæ ducitur ».

(4) Burgundus, *loc. cit.* : « Nec obnuerim in maleficiis esse aliquid quo delinquens ad resarciendum damnum obligetur læso.. Sed hoc casu ad jus ordinarium remittitur ».

ministère public (fiscus) et l'exercice de la poursuite extraordinaire, il faut faire intervenir une autre idée : celle d'une atteinte à la souveraineté locale (1).

Il suit de là que la compétence du juge ne s'étend pas aux infractions qui seraient commises même par des *subditi*, hors du territoire, *quando impolluta interim maneat ejus jurisdictio* (2). Dès lors, il est inutile de rechercher si le statut pénal suit les sujets à l'étranger : aussi bien les canonistes se sont prononcés, les premiers, pour la négative. Sur ce point, en effet, la pensée de Burgundus s'accorde avec celle d'un contemporain, le dominicain espagnol Suarez (1548-1617), dont l'influence, sur l'avenir du droit pénal international, sera signalée plus loin (3).

Enfin, s'inspirant des mêmes idées, Burgundus exclut l'exécution forcée des sentences pénales, en dehors du ressort où elles ont été rendues. L'exemple, classique, est relatif à la confiscation des biens. L'effet du jugement qui la prononce ne s'étend pas aux biens situés hors des limites de la juridiction (4). On peut être tenté de rattacher la solution de Burgundus au caractère réel que, suivant la conception féodale, il attache, en d'autres passages, à toute loi qui règle, à un point de vue quelconque, l'aliénation des immeubles. Mais ce serait, croyons-nous, une erreur. Burgundus n'a pas mis la solution qu'il préconise sous l'autorité de d'Argentré, mais de Balde, et d'autres docteurs italiens. Il ne la restreint pas

(1) Burgundus, *loc. cit.* : «... Enim vero si extra ordinem ejus rei pœnam exerceri læsus velit, persecutio ejus apud nos ad fiscum pertinet : huic enim soli, quod ad hoc attinet, delinquens obligatur, utpote cui publica vindicta duntaxat sit commissa ».

(2) Burgundus, *loc. cit.* «... Unde sequitur ad ejus cognitionem non spectare, si quid subditus deliquerit extra territorium, quando impolluta interim maneat ejus jurisdictio ».

(3) Suarez, *De legibus ac de Deo legislatore*, III, 33, 3 : «... legem territorii obligare advenas et hospites, quamdiu ibi commorantur, in conscientia, et modo quo obligat incolas; »

III, 33, 9 : « ... Legem pro territorio latam comprehendere peregrinos ibi morantes, etiam quo ad vim coactivam, id est, puniri ibi posse propter transgressionem talis legis; »

III, 32, 3 : « ... Legem non obligare extra terminum territorii illius superioris vel principis, a quo fertur, et ideo incolas illius territorii per se loquendo, nihil peccare, etiamsi contra illam agant, dum extra territorium existunt ».

(4) Burgundus, *op. cit.*, tractatus III. *Utrum sententia confiscationis egrediatur territorium*, p. 124, n. 13 : « Nam et hoc inter Doctores non mediocriter agitari solet. Sed ne dubito quidem quin ea bona quæ extra territorium sunt sita, condemnatione non comprehendantur: quando magis in rem quam in personam dirigatur ejusmodi sententia. Baldus, Angelus, Imolensis... ».

aux immeubles, mais il l'étend à tous les biens sans distinction, meubles et immeubles : or pour lui, comme d'ailleurs pour d'Argentré, les meubles sont soumis au statut personnel (1). La véritable raison de Burgundus est indiquée ailleurs avec clarté. L'effet limité du jugement résulte de la compétence strictement territoriale du juge : *extra territorium jus dicenti impune non paretur* (2). Au lieu que les sentences des juges inférieurs ne sauraient excéder les bornes étroites de leur ressort, les arrêts du Conseil provincial étendent leurs effets à toutes les Flandres (3).

Mais cette affirmation du principe territorial que les circonstances politiques de son temps lui ont dictée, Burgundus ne l'émet pas sans lui apporter quelques tempéraments ou exceptions. C'est ici que l'influence des auteurs statutaires italiens s'est exercée sur lui. C'est ici, également, que sa véritable originalité se manifeste.

Sans doute le statut pénal ne régit pas, en principe, les délits commis par des sujets à l'étranger. Mais Burgundus incline à admettre une exception, quand le statut lui-même s'est exprimé clairement à ce sujet et a proclamé sa propre exterritorialité. Alors les citoyens sont réputés s'être soumis à sa disposition (4). Cette exception procède directement de Bartole.

(1) Lainé, *Introduction*, t. II, p. 236.

(2) *Op. cit.*, Tractatus III. *Utrum sententiæ excedant territorium*, p. 121 nº 12. « Neque enim virtus ulla judicantium tanta reperiri potest, ut aliena bona sententiis suis alligare, aut necessitatem aliquam adferre queat... Namque semper tentantibus opponitur : extra territorium jus dicenti impune non paretur. Ad hæc quis adeo remotus est a sensu hominis ut non intelligat, si quis personam aliquid facere vetuerit, intra limites pronuntiantis facere non posse, extra vero quæ a lege non prohibentur licere facere ?... Ultra juridictionem tamen effectus sententiæ ad executionem debilis est et languidus; quia coerceri sine venia judicis ejus provinciæ, ubi versatur condemnatus, non potest ».

(3) *Op. cit.*, Tractatus III. *Utrum sententia confiscationis egrediatur territorium*, p. 124, n. 13 «... Nec interest utrum a provinciali consilio an ab inferiore judice pronuntietur : nisi forte quo ad modum et quantitatem jurisdictionis. Quippe consilii provincialis jurisdictio amplissima est, totaque Flandria vim suam profert atque extendit : perinde atque confiscatio ab eodem consilio profecta, quæ sane universa damnatorum bona, Flandrico jure comprehensa, nec privilegio loci tuta adimit, et compendio fisci addicit ; tametsi extra Flandriam, id est limites suæ jurisdictionis, non egrediatur ».

(4) *Op. cit.*, Tractatus III. *Quis locus spectari debeat in quasi contractibus et in eis quæ circa contractus consistunt*, p. 155, nº 2. « Supervacuum videtur quærere utrum pœna quæ a statutis delicto imponitur liget subditos peccantes extra territorium : constat enim crimen foris perpetratum plecti domi non posse, nisi hoc ipsum a statuto exprimatur, quod plenam potestatem in subditos habet, et tacito civium consensu personaliter obligat ».

De plus, il ne faut pas, pour déterminer l'application territoriale du statut, exiger que *l'acte matériel* constitutif du délit se soit produit dans les limites du territoire. Soit, par exemple, un statut d'Athènes qui défend d'exporter du blé d'Athènes à Mégare : l'acte prohibé par ce statut aura nécessairement eu lieu en dehors d'Athènes. Néanmoins il tombera sous la compétence *territoriale* du juge athénien, sous l'application *territoriale* de la loi athénienne (1).

D'une façon plus générale, tout acte délictueux, sous le rapport de la compétence, est réputé avoir eu lieu sur le territoire dont il a pour objet de violer la loi (2). Cette idée était déjà celle du canoniste Suarez, dont on a signalé la parenté intellectuelle avec Burgundus, et qui a dégagé de là, dans une large mesure, l'extension de la compétence aux actes délictueux commis par des sujets en quelque lieu que ce soit (3). Ainsi Suarez et Burgundus ont introduit la notion, riche d'avenir, de la *quasi-territorialité*.

Burgundus s'inspire encore de la doctrine statutaire, lorsqu'il admet la compétence du *forum deprehensionis* à l'égard de certaines catégories d'hommes qui conspirent pour le malheur de tous : tels que sacrilèges, brigands, voleurs, etc. Leur *remissio* au juge du lieu du délit n'est pas obligatoire. Il est d'usage que sur la demande de celui-ci, ils soient jugés par le juge qui les a sous la

(1) *Op. cit.*, Tractatus III. *Quis locus spectari debeat...*, n. 2, p. 158 : «... Mea sententia, qui in alieno territorio mercatur, negotiatur, potat, si ibi quidem per leges licet, sine scelere facere dicendus est. Is autem qui Athenis frumentum Megaras deportat, Megaris certe peccare non videtur, quia peccatum est, quod non licuit : Megaras vero per leges et sine scelere frumentum undecumque inferre licet. Restat ergo si Megaris peccatum non est, ut Athenis delictum dicamus. Nam qui id præceptum violat in leges Atheniensium dumtaxat impungit ».

(2) Burgundus, *loc. cit.* : « Ad hæc ibi committitur crimen, ubi ratio legis vertitur : utputa, civibus Angiensibus extra territorii limites potare non licet; scilicet, ne hoc pacto vectigalia ipsius oppidi imminui contingat. Proinde qui foris potat, peccare quidem foris non dicemus, quia nemo inde per leges arcetur. Igitur in ipso oppido contingit delinquere, cujus et vectigalia sinistra sua machinatione defraudat. Neque enim ejusmodi lex territorio ponitur : sed personæ in quam plenum jus ad potestatem consuetudo nanciscitur ».

(3) Suarez, *De legibus ae de Deo legislatore*, III, 32, 5 et 6 «... posse principem punire subditum, qui deliquit extra territorium, pœna imposita per legem suam et latam pro suo territorio, quando pœna non est ipso jure imposita, sed imponenda... », car « lex magis obligat judicem, ut secundum ipsam judicet, quam reum ». Cf. Kohler, *Internationales Strafrecht...*, p. 58.

main (1). — Mais voici où la marque propre de Burgundus apparait. Ces hommes ne seront pas jugés suivant la *lex fori*; ils subiront la peine dont ils auraient été frappés, s'ils avaient comparu en justice au lieu même de leur méfait. Le *lieu*, comme le *temps* du délit, doit déterminer, de façon *fixe*, la compétence législative (2). Burgundus applique ici, à un cas nouveau, la solution que Bartole avait admise pour les domiciliés seulement. Il l'appuie sur cette observation ingénieuse que le *judex deprehensionis* n'intervient pas au nom du souverain dont il dépend, mais au nom de l'État étranger, dont l'intérêt a été lésé par le délit. C'est l'idée, non moins curieuse, et non moins féconde que la précédente, d'une *justice déléguée.*

Enfin, la règle de l'effet territorial des sentences pénales ne saurait davantage s'imposer sans exceptions : mais ces exceptions étaient admises par la doctrine italienne. Burgundus décide comme Bartole, comme d'Argentré, que les incapacités particulières, telles que l'interdiction d'exercer telle ou telle profession, sont enfermées dans les bornes du territoire (3). Mais il admet aussi, comme eux, que les effets des sentences qui ont modifié l'état de la personne doivent être partout reconnus : telle est la sentence d'infamie, l'interdiction d'administrer ses biens, l'excommunication (4). Pour

(1) Burgundus, *op. cit.* Tractatus III. *Quis locus spectari debeat...*, n° 2, p. 158 : « Scire tamen oportet malos homines, et in perniciem universorum conspirantes, utputa sacrilegos, latrones, fures et ejusmodi in ea esse causa, ut propter delictum foris perpetratum a territorii finibus arceri et propelli soleant. Nam maleficos ad locum delicti remittere cogendus est nemo. Edicto quoque Principum, aliena territoria asylum homicidæ non præstant : sed et atrocitas flagitii interdum enormior est, quam ut impune tolerari debeat ; et inde judex delicti implorare solet, ut magistratus ubi reus deprehenditur scelus plectat, et justitiæ alibi læsæ manum commodet ».

(2) Burgundus, *loc. cit.* « Consequenter placet, eam pœnam subire reum debere, quam constituisset, si eo loco, in quo deliquit, traheretur ad supplicium; quia fiscus pœnam constituens hoc casu non suæ, sed alienæ jurisdictionis injuriam vindicat. Nam et tempus quo delictum commissum est, in magnitudine et qualitate pœnæ spectandum esse, per leges civiles convenit, a tempore vero ad locum recte argumentum trahitur ».

(3) Burgundus, *op. cit.* Tractatus, III. *Utrum sententiæ excedant territorium*, n. 12, p. 121 : «... Si vero quis ex ea causa prohibitus fuerit pro alio postulare, quæ infamiam non irrogat, jus pro omnibus postulandi non aufert, in ea tantum provincia pro aliis non recte postulat, in qua præses fuit, qui sententiam dixit ».

(4) Burgundus, *loc. cit.* « Sententia infamiæ quoties personæ irrogatur turpitudinis maculam statui ejus imprimit : et ideo in quacunque tandem provincia condemnatus egerit, postulare non potest.... Eodem modo is cui per prætorem

cette dernière, Burgundus ajoute cette observation que l'autorité du Souverain Pontife, dans les choses spirituelles, ne connait pas de frontières (1).

En définitive, la doctrine de Burgundus a le double avantage d'une incontestable ingéniosité, et d'une sage adaptation aux nécessités pratiques. On ne saurait lui reconnaître, à un égal degré, le mérite d'une parfaite unité, ni d'une impeccable logique. Elle est composite, comme l'état social et politique du pays pour lequel elle a été faite.

Section II

L'œuvre de Grotius.

Sommaire. — Indépendance des Pays-Bas hollandais. Leurs divisions intérieures; leur politique étrangère. — *Grotius*, son milieu, sa vie. — Les origines de sa doctrine universaliste : Vitoria, Suarez, Gentilis. — Les notions fondamentales de son livre : le droit naturel, l'Etat, l'individu. — Leur application aux problèmes du droit pénal international. — Justification théorique de la compétence pénale à l'égard des étrangers : le *droit civil* de l'État ne leur est pas applicable. — Réaction pénale de l'État contre les agressions étrangères : la guerre juste envisagée comme sanction pénale. Conséquences. — Responsabilité pénale du souverain qui a déclaré une guerre injuste. — Affirmation d'une compétence universelle à l'égard des délits qui lèsent l'humanité. — *Aut dedere, aut punire.*

Tandis que les Wallons du Midi étaient sortis vaincus et résignés de la chambre de torture où la tyrannie d'un Philippe II avait brisé leurs énergies, l'âme des Frisons du Nord s'était révoltée. La scission de 1579 préparait l'indépendance de la jeune République, que l'Espagne, en 1609, devait reconnaître. Elle se peuplait par l'afflux des bannis venus de Flandre et du Brabant. Elle s'enrichissait par le commerce avec l'Angleterre. C'était la liberté: ce n'allait être ni la paix, ni la stagnation. A l'intérieur, la lutte politique met aux prises les deux fondateurs de l'indépendance : le stathouder Maurice de Nassau, et le pensionnaire de Hollande,

bonis interdictum est, contrahere non potest etiam extra locum territorii prætoris, qui interdixit, quia per interdictionem conditio ejus alteratur.... Excommunicatio, quia personæ statum afficit, loco non circumscribitur : sed tanquam cicatrix personæ adhæret, quocumque loco constituta ».

(1) Burgundus, *loc. cit.* «... Interim tamen nec errare eos puto, qui existimant sententiam excommunicationis ideo non claudi limitibus, quia sub nomine et auctoritate summi Pontificis profertur, cujus jurisdictio nullis arctatur provinciis, in rebus ad conscientiam pertinentibus ».

Oldenbarneveldt : lutte politique qu'envenime la querelle religieuse née de la controverse fameuse entre deux professeurs de l'Université de Leyde, Gomar et Arminius : Gomar, adepte intransigeant du dogme calviniste sur la prédestination et sur la grâce; Arminius, moins rigoriste, accessible à une conception plus indulgente de la justice et de la bonté divines : et cette querelle dégénère bientôt en persécution. — A l'extérieur, c'est la guerre avec l'Espagne, interrompue, en 1609, par une trêve de 12 ans. Puis, tandis que la guerre de Trente ans, dans sa période palatine, ensanglante l'Europe centrale, c'est l'effort d'un développement commercial illustré par les progrès de la Compagnie des Indes, qui provoque la concurrence du Portugal et de l'Angleterre. La peinture de Rembrandt, grave, patriotique, originale, est le reflet de l'âme hollandaise. à cette époque. — Tel est le milieu dans lequel Grotius naquit et vécut les premières années de son existence.

Hugo de Groot, né à Delft en 1583, docteur en 1597 de l'Université de Leyde, où il a suivi l'enseignement de Scaliger, accompagne en 1598 Oldenbarneveldt, chargé d'une mission diplomatique en France : il se lie avec le Président de Thou. Avocat, historiographe officiel des États Généraux des Provinces-Unies, il écrit en 1603, à la demande de la Compagnie hollandaise des Indes orientales, pour justifier la capture de vaisseaux portugais, son *De jure prædæ*. — Mêlé, comme pensionnaire de Rotterdam, et comme protestant, aux querelles politiques et religieuses de son temps, partisan des doctrines libérales d'Arminius, il est arrêté, avec son ami Oldenbarneveldt, et rédige, en prison, son livre « *De la vraie religion* ». Le dévouement de sa femme ayant facilité sa fuite, il se réfugie en France, trouve dans la pension que lui accorde le Roi de France les moyens de vivre, et dans la Bibliothèque que le Président de Thou a mise à sa disposition les éléments de son chef d'œuvre : *De jure belli ac pacis*, qui parait en 1625. C'est là qu'il faudra puiser surtout ses conceptions quant au droit pénal international (1). A la mort de Gustave Adolphe, chargé par le chancelier Oxenstiern des fonctions d'ambassadeur de Suède à Paris, il consacre surtout les dernières années de sa vie à des travaux littéraires et théologiques. Après un court séjour en Hollande, où sa réhabilitation lui est refusée, il se retire à Hambourg. Il meurt à Rostock, en 1645 (2).

(1) Nous citerons cet ouvrage d'après les éditions suivantes : Hugonis Grotii *de jure belli ac pacis* libri tres, cum annotatis auctoris nec non J. F. Gronovii notis et J. Barbeyracii animadversionibus, Lausannæ 1752 (texte latin) — et : *Le Droit de la guerre et de la paix* par Grotius, Nouvelle traduction par P. Pradier-Fodéré, t. I, Paris 1867.

(2) On trouvera une biographie détaillée de Grotius en tête de l'édition ci-dessus mentionnée de Pradier Fodéré, et dans l'ouvrage intitulé : *Les fondateurs du Droit international*, avec Introduction de M. Pillet : Grotius, par J. Basdevant, p. 127 et suiv.

Toute la personnalité de Grotius, — sa patrie, sa religion, les péripéties de sa vie, son esprit encyclopédique — explique le caractère libéral, international, universel de son œuvre. C'est un humaniste, comme Ayrault : et, comme ce dernier, il fuit les méthodes scholastiques, s'abstient des procédés d'interprétation littérale qu'il reproche aux postglossateurs, non sans reconnaître l'utilité de leurs travaux : « La seconde classe, indifférente pour le droit divin et pour l'histoire ancienne, a voulu résoudre toutes les controverses des rois et des peuples d'après les lois romaines, en y joignant quelquefois le droit canonique. Mais, pour eux aussi, le malheur de leur temps a souvent été un obstacle, qui les a empêchés de comprendre sainement ces lois, quoiqu'ils fussent d'ailleurs assez soigneux de sonder la nature du juste ou de l'honnête; d'où il résulte que, fréquemment, ils sont d'excellents promoteurs de lois à faire, lors même qu'ils ne sont que de mauvais interprètes de la loi existante » (1). — Mais au lieu qu'Ayrault n'envisage la condition pénale des étrangers qu'au point de vue du droit interne et se laisse guider uniquement, pour la régler, par sa naturelle bienveillance, ou par l'intérêt bien entendu de l'État, la pensée de Grotius domine la société des nations, ou, plus exactement, la société *universelle* des hommes, qu'il soumet aux principes du droit naturel, c'est-à-dire de la justice. Et c'est pourquoi on a vu en lui le *fondateur du Droit international.*

Qu'il y ait, dans cette qualification, une exagération de son mérite, et surtout de son originalité, c'est ce qui n'est plus à démontrer. Longtemps avant Grotius l'idée avait pris naissance de donner aux règles qui gouvernent les rapports de droit civil ou de droit pénal entre les hommes un caractère universel. Le droit de l'Empire romain, qui pensait se confondre avec le monde habité, est plein de cet esprit d'universalité ! Et parmi les commentateurs du droit romain, les postglossateurs, au premier rang desquels il faut citer Bartole, se conforment à cet esprit : le droit romain, le *jus commune*, est-il autre chose pour eux que la raison écrite, s'imposant, comme telle, à tous les hommes ? — A l'universalisme du droit romain avait succédé l'œcuménisme ecclésiastique. Alors que déjà les grands États s'étaient formés, les canonistes espagnols du XVIe siècle, hommes d'une profondeur d'esprit remarquable, con-

(1) Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, édit. Pradier Fodéré, t. I, *Prolégomènes*, p. 52.

temporains (1) et successeurs (2) de Covarruvias, les Vittoria, les Suarez, avaient affirmé l'existence d'une société des nations, dominée par l'Eglise catholique et régie tout entière par les principes du droit canon (3). Enfin, au XVIe siècle encore, la *laïcisation* du droit international, ainsi créé, ne venait-elle pas d'être réalisée par Gentilis, (4) protestant, dont l'œuvre est une ébauche de celle de Grotius? — Sans doute. Mais, d'abord les spéculations de Bartole, si large qu'en fût le principe, ne s'appliquaient qu'à un théâtre bien restreint : celui qu'occcupait la plaine de Lombardie, et qu'animaient les différends entre les petites cités italiennes. Les solutions proposées par les canonistes dépendent d'une conception théologique; il n'apparait pas très nettement que les règles qu'ils posent aient, à leurs yeux, une valeur objective, obligatoire : elles s'adressent surtout, semble-t-il, au for intérieur de la conscience. Enfin Gentilis, qui est un observateur infiniment scrupuleux et consciencieux des faits, semble avoir vu surtout dans le droit international une codification des usages suivis entre les États. Le mérite personnel de Grotius est d'avoir voulu appliquer à des unités politiques toutes nouvelles, dont la constitution semblait devoir bouleverser la face du monde et renouveler le Droit, la notion de *justice*, dégagée longtemps avant lui, mais dont il affirmait ainsi le caractère permanent et absolu. Sa véritable originalité, à notre sens, consiste moins dans l'universalité, que dans la valeur éternelle qu'il attache à ses principes.

C'est pourquoi, dans l'évolution du droit pénal international, l'application que Grotius a faite de ces principes aux problèmes généraux de la répression joue un rôle essentiel, et présente, au point de vue qui nous occupe, le plus vif intérêt.

Mais, pour saisir cette application, il faut définir d'abord les

(1) *Vittoria* (1480-1546), Espagnol, Dominicain, professeur de théologie à Salamanque, de 1521 à 1546, auteur des *Relectiones de Indis et de jure belli*. Cf. *Les Fondateurs du Droit international*, François de Vittoria, par J. Barthélemy, p. 1-36; — Valéry, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1914, n° 274, p. 345.

(2) *Suarez* (1548-1617). Espagnol, Jésuite, enseigna la théologie ou la philosophie dans la plupart des Universites d'Espagne, à Paris, à Rome. Auteur d'un traité *De legibus ac de Deo legislatore*.

(3) *Les théories politiques du Moyen âge*, par Otto von Gierke, trad. de Ponge, Paris 1914, p. 229 et suiv.

(4) *Albericus Gentilis* (1552-1608) étudiant puis docteur à Pérouse, exilé pour cause de religion, professeur à Oxford. — Auteur de nombreux ouvrages, notamment du *De jure belli*, du *De legationibus* et de l'*Advocatio hispanica*.

notions autour desquelles gravite toute la pensée du grand jurisconsulte hollandais : la notion du *Droit naturel* — celle de l'*Etat* — celle de l'*individu*.

Le *Droit naturel* de Grotius a pour fondement la nature de l'homme, être *raisonnable* et *social* . Cette nature, en rapport avec les caractères physiques de l'homme, ne varie pas. Les prescriptions, les institutions du droit naturel en résultent nécessairement. « Le mot droit ne signifie autre chose que ce qui est juste, et cela dans un sens plutôt négatif qu'affirmatif, de sorte que le droit est ce qui n'est pas injuste. Or ce qui est injuste, c'est ce qui répugne à la nature de la société des êtres doués de raison » (1). — A la même époque, Descartes, réagissant contre les méthodes scholastiques, proclame, lui aussi, l'empire exclusif de la raison. — Sans doute, les règles du Droit naturel s'adaptent à l'état des choses, qui varie : ainsi, la règle qui défend de réaliser son droit par la force n'existait pas avant l'institution des tribunaux; par cette observation, Grotius peut être regardé comme l'inventeur d'un « droit naturel à contenu variable (2) ». — Mais les principes sont immuables, et si certains que personne ne peut les contester. Le Droit naturel est supérieur à la volonté de l'homme; il est étranger à la volonté de Dieu lui-même, qui ne pourrait le modifier (3).

Le Droit naturel ne se confond pas avec le Droit des gens. « Quand on voit qu'une chose ne peut être déduite de principes certains par un raisonnement juste, et que cependant elle paraît être observée en tous lieux, il suit de là qu'elle doit prendre son origine dans la volonté libre de l'homme » (4). — Pour Suarez, le terme *droit des gens*

(1) Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, éd. Pradier-Fodéré, t. I, livre I. chap. 1, § 3, p. 62. — Grotius dit ailleurs : « Le droit naturel est une règle que nous suggère la droite raison, qui nous fait connaitre qu'une action, suivant qu'elle est ou non conforme à la nature raisonnable, est entachée de difformité morale, ou qu'elle est moralement nécessaire, et que, conséquemment, Dieu, l'auteur de la nature, l'interdit ou l'ordonne » — *op. cit.*, L. I, Ch. I, § 10, p. 75.

(2) Grotius, *loc. cit.*, p. 80... « C'est ainsi que la propriété, telle qu'elle est à présent en usage, a été introduite par la volonté humaine : mais, du moment où elle est introduite, c'est le droit naturel lui-même qui m'apprend que c'est un crime pour moi de m'emparer, contre ton gré, de ce qui est l'objet de ta propriété. »

(3) Grotius, *op. cit.*, édit. Pradier-Fodéré, *Prolégomènes*, p. 38 et la note de Pradier-Fodéré, *op. cit.*, t. I, livre I, p. 76.

(4) Grotius, *loc. cit.*, p. 40.

comporte une double acception : dans la première, c'est l'élément commun au droit de toutes les communautés politiques : le *jus gentium* des Romains, le *jus commune* des postglossateurs et de Bartole : si proche du droit naturel qu'il semble se confondre avec lui : dans une seconde acception, c'est le droit que les peuples observent dans leurs relations mutuelles (1). Or cette dernière acception est la seule que s'approprie Grotius. A la différence du droit naturel, le droit des gens est un droit *humain volontaire* (2). D'ailleurs ce n'est pas à son époque que Grotius demande « les choses qui sont observées en tous lieux ». Cédant à son goût d'humaniste, suivant l'exemple de ses contemporains, c'est dans l'antiquité qu'il prend ses exemples. La tradition est peu certaine, le choix possible, et il s'introduit inévitablement dans la détermination du Droit des gens de Grotius, un élément philosophique, un *a priori* (3). Enfin, pour Grotius, il s'exerce, entre le Droit naturel et le Droit des gens une action et une réaction bienfaisantes. Le consentement des nations amende les solutions de droit naturel dont l'application se heurte pratiquement à d'insurmontables obstacles. Le Droit naturel, dictant la révolte de la conscience et de la raison contre certains usages, contribue au perfectionnement du Droit des gens (4).

Le Droit naturel se distingue enfin, plus nettement encore, du *Droit civil*. Le Droit civil est le droit qu'une communauté politique déterminée a créé pour elle-même, pour ses seuls ressortissants, et qui lui est propre (5). Il suit de cette définition que le

(1) Suarez, *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, livre II, chap. XIX, n. 8. Cf. *Suarez*, par Rolland, dans l'ouvrage : *Les fondateurs du Droit international*, p. 100.

(2) Grotius, *De la guerre et de la paix*, éd. Pradier-Fodéré, t. I, *Prolégomènes*, p. 28 : « Qu'elles se taisent donc, les lois, au milieu des armes, mais seulement les lois civiles, celles qui concernent les tribunaux, celles qui ne sont propres que pour la paix, et non pas les autres, qui sont perpétuelles et conviennent à tous les temps. Il a été, en effet, très bien dit par Dion de Pruse qu'entre ennemis, les lois écrites, c'est-à-dire les lois civiles, n'ont aucun pouvoir ; mais qu'il existe entre eux des lois non écrites, *savoir celles que la nature prescrit, ou que le consentement des nations a établies.* »

(3) Grotius justifie sa préférence pour l'Antiquité en disant que « les exemples ont d'autant plus d'autorité qu'ils sont tirés des meilleurs temps et des meilleurs peuples » *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, éd. Pradier-Fodéré, *Prolégomènes*, § 46, p. 45.

(4) Cf. *Grotius*, par Basdevant, *Les fondateurs du Droit international*, p. 237.

(5) Grotius, *De jure belli ac pacis*, l. I, chap. I, § 14 (éd. Pradier-Fodéré, t. I, p. 89).

droit civil est, de son essence, un droit interne. Le Droit naturel gouverne les rapports entre États, aussi bien qu'entre individus.

Qu'est-ce que l'État? Une association d'hommes libres. Dans le *De jure prædæ*, Grotius explique que les hommes, vivant sous l'empire de la loi naturelle, sans autorité supérieure, et impuissants à se défendre contre les méfaits de certains d'entre eux, ont, pour remédier à ces inconvénients, formé des sociétés particulières qui sont les États (1). L'hypothèse du contrat social est sous-entendue dans d'autres passages de son œuvre; ce contrat implique : d'abord la cession au profit de l'État des droits subjectifs que chacun des associés a contre les autres hommes : ainsi, du droit de se défendre, du droit de se venger (2), ensuite la reconnaissance au profit de l'État de droits spéciaux sur celui-là même qui les concède (3) : à cet égard, le contrat social renferme une promesse d'obéissance et une acceptation anticipée de la peine, si le contractant s'expose à la mériter par un délit. Cette cession, cette reconnaissance ont lieu au profit de l'État, qui est « le sujet commun de la souveraineté ». Une autre manifestation de volonté collective peut entraîner délégation de la souveraineté à une personne, dont la désignation dépend de la Constitution de chaque État, et qui est « le sujet propre de la souveraineté »; comme, aussi bien, le peuple peut se réserver la souveraineté, en tout ou en partie, à lui-même (4).

La souveraineté n'est donc pas autre chose que la *totalisation des droits subjectifs*. — Gentilis attribue au pouvoir de commandement que l'État a sur ses sujets une nature spéciale : Grotius la nie. — Gentilis estime que le territoire est un élément essentiel de l'État, en sorte que le changement de territoire par un peuple entraîne un changement de souveraineté : Grotius est d'un avis contraire. — Gentilis, critiquant Bartole, établit une différence fondamentale entre le droit qu'a l'État sur son territoire, et le droit de propriété : Grotius est sur le point de les confondre (5).

(1) Grotius, *De jure prædæ*, *Hagæ Comitis*, 1868, p. 19 « Hæc igitur minor societas consensu quodam contracta ». Cf. *Grotius*, par J. Basdevant, *Les Fondateurs du Droit international*, p. 241.

(2) Grotius, *De jure prædæ*, p. 89-92. *De jure belli ac pacis*, l. II, chap. xx, § 40 (éd. Pradier-Fodéré, t. II, p. 449).

(3) Grotius, *De jure belli ac pacis*, l. II, chap. v, § 17 (éd. Pradier-Fodéré, t. I, p. 532).

(4) *De jure belli*, l. I, chap. III, §§ 7 et suiv. (éd. Pradier-Fodéré, t. I, p. 203 et suiv.).

(5) *De jure belli*, l. II, chap. II, §§ 3 et suiv. (éd. Pradier-Fodéré, t. I,

Il suit de là que le Droit naturel, gouvernant les rapports humains en l'absence de toute organisation étatique, gouverne aussi les rapports entre les États. Il n'y a pas de « droits fondamentaux des États » en dehors de ceux qui leur ont été cédés ou reconnus par leurs membres. Comme la souveraineté interne, la souveraineté externe est une totalisation de droits subjectifs.

L'individu, la personne humaine, est donc, pour Grotius, le sujet originaire, et, par excellence, le sujet du droit. La cession qu'il a consentie à l'État, ou que d'autres ont consentie, ne peut jamais être assez complète pour lui imposer des contraintes qui seraient inconciliables avec le Droit naturel. Et c'est ainsi que le sujet peut refuser de participer à une guerre injuste déclarée par l'État (1). Vitoria l'avait proclamé, avant Grotius (2). Il existe, entre le canoniste espagnol et l'internationaliste hollandais, cette autre ressemblance que l'un et l'autre semblent préoccupés surtout de poser des règles de conduite individuelle, de dicter à l'homme, au milieu des difficultés que font naître les relations internationales, son devoir. Mais, poussé sans doute par l'esprit de la Réforme, Grotius est allé plus loin, dans la voie de l'individualisme, qu'aucun de ses prédécesseurs, Vittoria, comme Suarez, comme Gentilis, a vu dans l'État une entité juridique particulière, « quæ est per se totum », qui a ses droits propres; il affirme l'existence entre les États — peut être a-t-il prononcé ce nom le premier — d'une *Societas naturalis*. L'originalité de Grotius est, nous le répétons, d'avoir vu, au delà de la société des États — formes volontaires et peut-être passagères de l'activité humaine — la société universelle des hommes (3).

Cet exposé des données essentielles de la philosophie politique de Grotius peut paraître une digression. Aucun d'elles, en réalité, ne doit être négligée, si l'on veut comprendre l'application que Grotius a faite de ses principes aux problèmes de compétence pénale.

p. 393 et suiv.); l. III, chap. VIII, § 1 (éd. Pradier-Fodéré, t. III, p. 189 et suiv.). Cf. J. Basdevant, *Les fondateurs du droit international*, p. 244 et suiv.

(1) *De jure prædæ*, p. 75-80.

(2) *Les fondateurs du droit international. Vittoria*, par J. Barthélemy, p. 28.

(3) *De jure belli ac pacis*, *Prolégomènes*, § 23 (éd. Pradier-Fodéré, t. I, p. 24 et suiv.).

L'État peut-il punir les étrangers coupables d'infractions commises sur son territoire? Cette question, examinée par Grotius dans le *De jure prædæ*, est résolue par l'affirmative. Mais d'où procède ce pouvoir de l'État? Est-ce de l'obéissance que les participants au contrat social lui ont promise, et du droit qu'ils lui ont conféré sur leurs personnes? Non : car les étrangers ne sont pas parties à ce contrat. Il ne leur est pas opposable. La souveraineté territoriale, que Grotius assimile à un droit de propriété, n'implique pas davantage le droit de punir. Mais, par le contrat social, les citoyens ont cédé à l'État les pouvoirs d'action qui leur appartiennent, conformément au Droit naturel, vis-à-vis des tiers. Parmi eux figure le droit de vengeance qui s'exerçait librement avant la création d'un ordre judiciaire, qui a pris ensuite la forme d'un recours aux tribunaux. La compétence pénale de l'État, à l'égard des étrangers, est donc la totalisation des droits de vengeance individuelle qui lui ont été transmis par ses sujets.

Il suit de là que le « droit civil » de l'État territorial, en tant qu'il établit des incriminations ou fixe la mesure des peines, n'est pas applicable aux étrangers. Grotius dit formellement que l'exception de minorité, l'exception de prescription ne peuvent être invoquées que dans les rapports entre des sujets (1). L'État ne punira donc les étrangers qu'en vertu du droit naturel, ou du droit des gens : « Respublica non tantum subditos sibi ob maleficium punit, sed etiam extraneos. In hos autem potestatem non habet jure civili, ut quod cives tantum consensu obliget. Habet igitur ex jure naturæ seu gentium » (2). Si donc des usages se sont établis, si des accords ont été conclus avec des États étrangers ayant notamment pour objet l'application de la loi personnelle, ces usages, ces accords seront suivis. Sinon, le juge se conformera au droit naturel, à l'équité. En tous cas, il sera tenu compte de l'ignorance où l'étranger a pu se trouver du droit local.

L'autorité de la chose jugée appartient, elle aussi, au droit civil. Donc, si le sujet, frappé d'une condamnation pénale, même injuste, est obligé de s'incliner devant elle, et d'en subir les conséquences, cette obligation ne s'impose pas à l'étranger. Conformément au

(1) *De jure belli ac pacis*, l. III, chap. XXIII, § 3 (éd. Pradier-Fodéré, t. III, p. 456) ; l. II, chap. IV, § 1 (éd. Pradier-Fodéré, t. I, p. 465).

(2) *De jure prædæ*, p. 91. V. aussi *De jure belli ac pacis*, l. II, chap. XX, § 40 (éd. Pradier-Fodéré, p. 449 et suiv.).

Droit naturel, il peut recourir à la force, s'il n'obtient pas, par la voie de la justice, la satisfaction qui lui est due (1).

Logiquement, les motifs qui précèdent doivent faire admettre la compétence de l'État à l'égard des infractions qui, commises par un étranger hors du territoire, seraient dirigées contre l'État lui-même ou contre un de ses ressortissants. Ici encore, l'exercice de la répression n'est que la totalisation des droits de vengeance individuelle. Dans le *de jure prædæ*, Grotius précise cependant que l'État étranger contre le sujet duquel la réclamation est dirigée doit être appelé, de préférence, à en connaître : en effet, il pourra, plus facilement que tout autre, poursuivre l'exécution de la chose jugée (2). S'il ne remplit pas ce devoir, l'autorité juridictionnelle passe à l'État qui souffre de l'agression : il apparaît à Grotius qu'il y a alors « retour au droit de nature où il était permis à chacun d'être juge dans sa cause (3) ».

Il peut arriver que l'agression soit l'œuvre de l'État étranger lui-même : elle a un caractère collectif. La guerre est alors la forme de la répression. On se souvient que le rapprochement a été établi par Ayrault (4). Il se retrouve chez les internationalistes prédécesseurs de Grotius, chez Vittoria, chez Suarez, et chez Gentilis. Un particulier peut recourir à la force soit dans un but de défense, pour la sauvegarde d'un intérêt personnel, pour protéger sa vie ou ses biens, soit à titre répressif, pour tirer vengeance d'une injure reçue (5). De même en est-il de l'État. — Les prédécesseurs de Grotius réservent en général le terme *guerre* à cet emploi de la

(1) Grotius, *De la guerre et de la paix*, Ed. Pradier-Fodéré, t. III, l. III, chap. II, p. 60 : « Il y a cette différence que les sujets ne peuvent pas légitimement empêcher par la force l'exécution d'une sentence même injuste, ou poursuivre leur droit par la force contre cette sentence, à cause du pouvoir qu'a sur eux l'autorité supérieure ; tandis que les étrangers ont le droit d'user de la voie de fait, mais il ne leur est pas permis d'en faire usage, tant qu'ils peuvent obtenir ce qui leur est dû, par la voie de la justice ».

(2) Grotius, *De jure prædæ*, p. 29.

(3) Grotius, *De jure prædæ*, p. 29.

(4) *Suprà*, p. 232.

(5) Grotius, *De la guerre et de la paix*, éd. Pradier-Fodéré, t. I, l. II, chap. I, p. 348 : « On donne le droit d'agir en justice, soit à cause d'une injure non faite, soit à cause d'une injure faite. A cause d'une injure faite : soit pour obtenir réparation, soit pour faire infliger le châtiment ;... à cause d'une injure non faite : lorsque, par exemple, l'action a pour objet de demander caution qu'il n'y aura pas d'offense commise... ».

contrainte par l'État dans ses rapports avec d'autres États. Ainsi pour Suarez, la guerre est la lutte au dehors, qui s'oppose à la paix avec l'étranger, s'élevant entre deux Princes, ou deux Républiques (1). Pour Gentilis, plus restrictif encore, la guerre est « une lutte armée publique et juste ». « Bellum est publicorum armorum *justa* contentio (2) ». — Chez Grotius, l'expression a un sens plus large. La guerre est l'état de tous ceux qui soutiennent une contestation par la force : *status per vim certantium* (3). Ainsi le rapprochement entre le pouvoir d'action des particuliers et celui de l'État apparaît plus nettement. — La différence de qualification est sans importance pratique, puisque Grotius, comme ses prédécesseurs, subordonne à certaines conditions le caractère *juste* de la guerre, et les effets de droit qui en résultent. Pour tous, la guerre juste est un *judicium*, c'est-à-dire qu'elle est l'application à une espèce déterminée d'une règle du Droit naturel (4). Et comme la guerre entraîne la perte de vies humaines, la question de sa légitimité se confond, pour Grotius, avec celle de la légitimité de la peine de mort.

Cette question, il l'envisage au point de vue du droit humain volontaire, du droit divin arbitraire, exprimé dans les Évangiles, du droit naturel (5). Et il la résout par l'affirmative. La guerre n'est pas contraire à la nature raisonnable et sociable de l'homme ; elle procède de l'instinct de conservation qui est commun à tous les êtres vivants. La nature elle-même a donné à l'homme la main qui lui permettra de la poursuivre. L'organe légitime la fonction. Mais il faut que la guerre ait lieu pour une cause juste : point de vue que Grotius reproche à ses prédécesseurs — assez injustement, semble-t-il, si l'on songe du moins à Vittoria — d'avoir négligé. La guerre est juste, d'abord, lorsqu'elle a lieu dans un but de défense. Grotius, contrairement à Gentilis, n'admet pas la légitimité des

(1) *Suarez*, par L. Rolland dans l'ouvrage : *Les fondateurs du droit international*, p. 105.

(2) *Gentilis*, par H. Nézard, *op. cit.*, p. 49.

(3) Grotius, *De la guerre et de la paix*, éd. Pradier-Fodéré, t. I, l. I, p. 61 : « Cette définition générale comprend toutes les sortes de guerres dont il sera parlé dans la suite. Je n'en exclus pas la guerre privée, qui, étant plus ancienne que la guerre publique, et ayant incontestablement la même nature, doit, pour cette raison, être désignée par ce seul et même nom, qui lui est propre ».

(4) Grotius, *De jure prædæ*, p. 95, 101. Cf. J. Basdevant. *Les fondateurs du droit international*, p. 166.

(5) Grotius, *op. cit.*, t. I, l. I, chap. III, *Si la guerre peut-être quelquefois juste*, p. 104 et p. 165.

guerres préventives, ayant pour objet l'affaiblissement d'un État étranger dont on redoute l'accroissement de puissance (1). Mais la guerre peut aussi avoir pour but de *punir* d'une injure reçue. Est-il nécessaire, pour cela, qu'il existât un rapport antérieur de dépendance entre l'État qui punit et l'État coupable? Que le premier eût un pouvoir de juridiction sur le second? Non, car ce rapport, ce pouvoir résultent du délit lui-même. *On se rend sujet de celui envers qui l'on commet une infraction.* (2)

La conception que Grotius s'est faite de la communauté humaine lui permet d'élargir encore cette compétence pénale de l'État, qui se manifeste par la guerre. L'État peut-il intervenir pour la répression d'un acte commis par un autre État en n'importe quel lieu du globe, qui ne le visait pas lui-même, qui ne l'atteint pas dans ses propres intérêts, mais qui est une infraction grave au Droit naturel? Grotius l'admet (3). Et cette solution n'a pas l'originalité que l'on a parfois prétendu (4) : car, avant Grotius, Vittoria, Suarez, Gentilis ont consacré, dans une aussi large mesure, le pouvoir d'intervention de l'État (5). L'élément nouveau réside dans le fondement qu'il lui donne. Au lieu que ses prédécesseurs attachent ce droit d'intervention à la nature spéciale de l'État, à son rôle propre, Grotius le fait dériver du droit subjectif, individuel, dont la cession est la source première de la souveraineté de l'État. La solidarité que la nature a créée entre tous les hommes donne à chacun le droit et le pouvoir d'agir pour la répression de l'injustice. Or

(1) Grotius, *op. cit.*, éd. Pradier-Fodéré, t. I, l. II, chap. I, p. 377 : « Il ne faut pas du tout tolérer ce que quelques-uns ont dit, qu'en vertu du droit des gens les armes peuvent être legitimement prises pour diminuer une puissance qui se développe, et qui, après s'être trop etendue, pourrait devenir nuisible » (Cf. Albéric. Gentilis, lib. I, cap. XIV).

(2) Grotius, *De jure prædæ*, p. 29.

(3) Grotius. *De jure belli ac pacis*, éd. 1752. t. III, lib. II, cap. XX, p. 302. « Sciendum quoque est reges, et qui par regibus jus obtinent, jus habere pœnas poscendi non tantum ob injurias in se aut subditos suos commissas, sed et ob eas quæ ipsos peculiariter non tangunt, sed in quibusvis personis jus naturæ aut gentium immaniter violant »...

(4) Et que Grotius même a prétendu : Grotius, *op. cit.*, t. III, lib. II, cap. XX «... Et eatenus sententiam sequimur Innocentii et aliorum qui bello aiunt peti posse eos qui in naturam delinquunt : contra quam sentiunt Victoria, Vasquius, Azorius, Molina, alii qui ad justitiam belli requirere videntur ut qui suscipit aut læsus sit in se, aut republica sua, aut ut in eum qui bello impetitur, jurisdictionem habeat ».

(5) V. *Les fondateurs du Droit international*, p. 11, 52, 112.

l'État est le cessionnaire de ces droits et de ces pouvoirs (1).

La guerre ne sera déclarée que pour une injure atroce, pour une violation grave du Droit naturel. Car seule une telle infraction peut justifier l'application des peines capitales — confiscation, exil, mort — que la guerre entraîne (2). Ces infractions graves au Droit naturel sont le fait des peuples qui se nourrissent de chair humaine, qui exercent la piraterie; qui pêchent contre la nature (3); des peuples qui nient Dieu, et écartent toute religion, car la religion est, comme a dit Plutarque, le « ciment de toute société et le fondement de la législation », chose à considérer non seulement dans un État, « mais encore dans la commune société du genre humain ». Sans doute, l'Etat ne doit pas déclarer la guerre pour le rétablissement de tel ou tel dogme, ni contre un peuple pour la raison qu'il ne veut pas embrasser la religion chrétienne (4). Mais ceux qui persécutent les chrétiens comme tels méritent qu'on leur fasse la guerre « quoique ces guerres se rattachent plutôt à la défense des innocents qu'à la poursuite du châtiment ». Ces solutions ne sont pas propres à Grotius. Elles se trouvent chez ses prédécesseurs, même chez Vittoria.

La guerre peut être dirigée contre un Etat étranger, sujet commun de la souveraineté. Elle a alors pour sujet passif tout un peuple, — tout un peuple, contre lequel le *judicium* est intenté, et qui sera l'objet du châtiment. Ici, les conséquences logiques d'une stricte application du Droit naturel sont extrêmement rigoureuses, si rigoureuses que Grotius les tempère, apparemment, par l'allégation des usages établis entre les peuples et qui constituent le droit des gens, en réalité par l'intervention de cette notion un peu vague d'humanité dont il trouve des applications chez les Anciens, et qui

(1) Grotius, *loc. cit.* : « Nam libertas humanæ societati per pœnas consulendi, quæ initio, ut diximus, penes singulos fuerat, civitatibus ac judiciis institutis penes summas potestates resedit, non proprie qua aliis imperant, sed qua nemini parent ».

(2) Grotius, *Du droit de la Guerre et de la Paix*, éd. Pradier Fodéré, t. II, Liv. II, chap. XX, p. 445 et suiv., et p. 455.

(3) Grotius, *De jure belli ac pacis* (éd. 1752), tomus III, lib. II, cap. XX). « Sic non dubitamus quin justa sint bella in eos qui in parentes impii sunt..., in eos qui hospites occidunt; in eos qui humanam carnem epulantur...; in eos qui piraticam exercent... Et eatenus sententiam sequimur Innocentii et aliorum qui bello, aiunt, peti posse eos qui in naturam delinquunt... ».

(4) Grotius, *op. cit.*, t. III, lib. II, cap. XX, §§ 48 et 49 : *De jure prædæ*, p. 312, 313.

deviendra, chez ses successeurs hollandais, l'*æquitas*, la *comitas gentium*.

Logiquement, la résistance est interdite au peuple contre lequel la guerre est faite justement, et dont la cause, par conséquent, ne peut être juste. Tous les actes d'hostilité de sa part devraient être regardés comme des délits, et suivis de répression. Mais l'accord tacite des nations a fait admettre que tous les faits de guerre réguliers doivent être tolérés, de la part de l'un et de l'autre belligérants, sans égard aux causes de la guerre (1). Grotius observe que si, objectivement, la guerre ne peut être juste que d'un côté, subjectivement, il est possible qu'elle le soit de part et d'autre : il suffit que les deux belligérants soient également convaincus de leur bon droit (2). La solution la plus humaine est également conforme au Droit des gens et au Droit naturel.

Logiquement, les rigueurs de la guerre doivent atteindre tous les ressortissants de l'Etat ennemi. Mais une règle du Droit des gens, que Suarez a formulée, veut que les maux de la guerre n'excèdent jamais ce qui est nécessaire à la victoire. Déjà Vittoria, préludant à la distinction moderne des combattants et des non-combattants, avait séparé des *nocentes* les *innocentes*, par où il entendait les femmes, les enfants, les agriculteurs, les clercs, les religieux, qui devaient être respectés (3). Grotius garantit aussi les personnes paisibles, les prisonniers de guerre qui ne peuvent être mis à mort qu'à raison des crimes qu'ils auraient commis avant leur capture (4). Malheureusement, il n'apparait pas très nettement si les tempéraments qu'il préconise sous l'impulsion d'un sentiment de charité ont pour lui la valeur d'une règle sociale obligatoire, ou seulement d'une direction donnée à la conscience (5).

Il se peut enfin que la guerre fût faite, non contre un État tout entier, mais contre un souverain, sujet propre de la souveraineté. Grotius admet sans doute la personnalité de l'État qui, malgré les changements de gouvernements, assure sa permanence : et son

(1) *De jure belli ac pacis*, liv. III, chap. IV, §§ 2 et 3 (éd. Pradier-Fodéré, t. III, p. 88).

(2) *De jure belli ac pacis*, liv. II, chap. XXIII, § 13 (éd. Pradier-Fodéré, t. II, p. 565).

(3) *Les Fondateurs du droit international. Vittoria* par J. Barthélemy, p. 29.

(4) *De jure belli ac pacis*, liv. III, chap. IV, § 10 (éd. Pradier-Fodéré, t. III, p. 101) et liv. III, chap. XI, §§ 13 et 14 (éd. Pradier-Fodéré, t. III, p. 263).

(5) Cf. *Les Fondateurs du Droit international, Grotius*, par J. Basdevant, p. 263.

affirmation, à cet égard, est un progrès sur la doctrine française du XVIe siècle, encore défendue par Bodin (1). Mais Grotius permet que la guerre déclarée par l'État vise non un État, mais un souverain, regardé comme seul responsable d'un crime. Telle, la guerre que les Pays-Bas, État distinct de l'Espagne, ont menée contre Philippe II, qui, par ses abus de pouvoir, s'était montré indigne de sa qualité (2). La guerre victorieuse n'aura pas alors pour conséquence la disparition d'un État (3) : mais elle fera perdre au souverain coupable ses propriétés, la part de souveraineté qui était la sienne. Un châtiment pourra lui être infligé (4). Pourtant Grotius estime, dans un passage curieux, qu'au cas d'hésitation, il vaut mieux s'abstenir de sévir pénalement, après la guerre (5). Le souverain, coupable d'une guerre injuste, sera responsable envers ses sujets. Par une observation pratique qui s'ajoute, de façon piquante, à ses préoccupations ordinaires, Grotius dit qu'il lui sera demandé compte d'avoir mené la guerre, à la légère, contre un État supérieur en forces (6).

La guerre est évidemment inutile, si l'étranger auteur du délit n'est pas un souverain, mais un simple particulier. Dans ce cas, l'État *sur le territoire duquel il se trouve* a le droit et le devoir

(1) *De jure belli*, liv. II, chap. IX, § 8 (éd. Pradier-Fodéré, t. II, p. 96). Sur l'idée encore admise au XVIe siècle, de la souveraineté fragmentaire. V. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 2e éd., 1899, p. 2 et 3 et les références à Bodin.

(2) Grotius, *De jure prædæ*, p. 271 et suiv.

(3) *De jure belli*, l. III, chap. VIII, § 1 (éd. Pradier-Fodéré, p. 189 et suiv.).

(4) Grotius, *De jure belli ac pacis*, t. III, lib. II, cap. XX, § 40. « Et sane si illorum, a quibus dissentimus, admittitur sententia, jam hostis in hostem puniendi jus non habebit, etiam post juste susceptum bellum ex causa non punitiva : quod tamen jus plerique concedunt, et usus omnium gentium confirmat, non tantum postquam debellatum est, sed et manente bello ; non ex ulla jurisdictione civili, sed ex illo jure naturali, quod et ante institutas civitates fuit, et nunc etiam viget, quibus in locis homines vivunt in familias, non in civitates, distributi ».

(5) Grotius, *De jure belli ac pacis*, liv. III, chap. XX, § 17 (éd. Pradier-Fodéré, t. III) : « Le Droit d'infliger les châtiments, en tant qu'il s'applique contre les Rois eux-mêmes ou les peuples, doit être censé abandonné, de peur que la paix ne soit pas assez la paix, si elle laisse subsister d'anciennes causes de guerre.... Les meilleures réconciliations, dit Denys d'Halicarnasse, sont celles qui éteignent la colère et effacent le souvenir des offenses ».

(6) Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. XXIV, § 7. Ed. Pradier-Fodéré, t. II, p. 581.

d'assurer son châtiment. Ce droit résulte pour lui de la cession qui lui a été faite, par le contrat social : « Comme nous l'avons dit auparavant, il est naturellement permis de punir, à tout individu à qui rien de semblable ne peut être reproché ». Ce devoir n'existe pas sans doute pour les délits ordinaires : car, en principe, les délits des particuliers concernent uniquement le corps dont ils sont membres, l'État dont ils sont sujets, qui pourra, à son gré, les punir ou les dissimuler (1). Mais ce devoir existe pour « les délits qui intéressent en quelque façon la société humaine » et, à plus forte raison, pour ceux qui lèsent un autre État ou son chef (2). « Comme les États n'ont pas coutume de permettre qu'un autre État vienne en armes dans l'intérieur de leurs frontières pour exercer le droit de punir, et que cela n'est point expédient », la présence du délinquant met l'État territorial dans cette alternative : ou, s'il en est requis, punir lui-même le coupable selon son mérite, ou le remettre à la discrétion du requérant (3).

L'extradition dépend donc de l'appréciation de l'État requis. En aucun cas, il ne l'accordera sans une instruction préalable de l'affaire, « sans connaissance de cause » (4). Se fondant sur des exemples antiques, Grotius admet l'extradition des nationaux ; il se demande si l'extradition fait perdre au criminel sa nationalité, et

(1) Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. XXI, § 3, p. 412 : « Veniamus ad quæstionem alteram de receptu adversus pœnas. Pœnas, ut ante diximus, naturaliter cuivis, cui nihil simile objici potest, exigere licet. Institutis civitatibus id quidem convenit ut singulorum delicta, quæ ipsorum cœtum proprie spectant, ipsis, ipsarumque rectoribus pro arbitrio punienda aut dissimulanda relinquerentur ».

(2) Grotius, *loc. cit.* : « At non etiam jus tam plenum illis concessum est in delictis quæ ad societatem humanam aliquo modo pertinent, quæ persequi ita civitatibus aliis earumque rectoribus jus est, quomodo in civitatibus singulis de quibusdam delictis actio datur popularis : multoque minus illud plenum arbitrium habent in delictis, quibus alia civitas aut ejus rector peculiariter læsus est, et quo proinde nomine ille illave ob dignitatem aut securitatem suam jus habent pœnæ exigendæ, secundum ea quæ ante diximus. Hoc ergo jus civitas, apud quem nocens degit, ejusve rector, impedire non debet ».

(3) Grotius, § 4, *loc. cit.* « Cum vero non soleant civitates permittere ut civitas altera armata intra fines suos pœnæ expetendæ nomine veniat, neque id expediat, sequitur ut civitas, apud quem degit qui culpæ est compertus, alterum facere debeat, aut ut ipsa interpellata pro merito puniat nocentem, aut ut eum permittat arbitrio interpellantis ; hoc enim illud est dedere, quod in historiis sœpissime occurrit ».

(4) Grotius, *De jure belli*, liv. II, chap. XXI, § 6 (éd. Pradier-Fodéré, t. II, p. 504).

penche pour la négative (1). Grotius ne reconnaît le droit d'asile, que « pour ceux qui sont les victimes d'une haine imméritée », et non pour ceux « qui ont commis quelque chose de nuisible à la société humaine ou aux autres hommes ». Il admet donc l'extradition pour les délits de droit commun. Mais il constate qu'en fait « ce droit, dont nous avons parlé, de réclamer, pour les punir, ceux qui se sont enfuis au dehors du territoire, n'est pratiqué dans ce siècle-ci, comme dans les siècles derniers, et dans la plupart des parties de l'Europe, qu'en matière seulement de ces crimes qui touchent les affaires publiques, ou de ceux qui ont le caractère d'une rare scélératesse ».

Si l'État territorial ne livre pas le délinquant, il le jugera. Si le fait à raison duquel il est poursuivi n'est pas incriminé par le droit naturel ou le droit des gens, il sera jugé conformément au droit civil « du pays d'où il vient (2) ». Sinon, le délinquant sera jugé conformément au droit naturel et au droit des gens. Ce jugement procède de la même idée que l'exercice, à Rome, de l'action populaire. Il renforcera le sentiment de la solidarité humaine. « Rien d'humain n'est, en effet, étranger à l'homme. Martial l'a dit : si liés les uns aux autres, réunissant nos forces, et regardant ce qui est fait à autrui comme nous étant personnel, nous tirions chacun vengeance de ceux qui se rendent coupables d'injustice, l'audace des méchants ne prévaudrait pas sur l'innocence. Surveillés de toutes parts, obligés de subir un châtiment mérité, ils disparaîtraient complètement, ou leur nombre diminuerait de beaucoup (3) ». Ainsi Grotius est, après Covarruvias, le plus illustre représentant du principe de la répression universelle.

(1) Grotius, *loc. cit.* « At dedere, de quo hic agimus, nihil est aliud quam civem alterius populi potestati permittere, ita ut de eo statuat, quod voluerit. Hæc autem permissio jus nullum dat, aut adimit; executionis tantum impedimentum tollit.... At si deditio accepta sit, et postea casu aliquo reversus sit is qui fuerat deditus, is civis non erit, nisi ex novo beneficio ».

(2) Grotius, *De jure belli*. liv. II, chap. XXI, § 6 (éd. Pradier-Fodéré, t. II, p. 505) : « Que si la faute dont sont accusés les suppliants n'est pas défendue par le droit de la nature ou des gens, la chose devra être jugée d'après le droit civil du peuple d'où ils viennent. C'est ce que montre parfaitement Eschyle dans *les Suppliantes* où le roi d'Argos s'adresse ainsi à la troupe des Danaïdes venant d'Égypte : « Si les fils d'Égyptus soutiennent que, selon la loi du pays, la proche parenté leur donne des droits sur vous, qui osera les contredire ? Il vous faut prouver qu'ils n'ont sur vous, d'après les lois du pays, aucun droit légitime ».

(3) Grotius, *De la Guerre et de la Paix*, éd. Pradier-Fodéré, t. I, liv. I, chap. v, p. 338.

Grotius, à raison de l'étendue immense de son œuvre, n'a pu apporter, dans l'examen des problèmes de compétence criminelle, le souci du détail exact, la précision minutieuse qui se remarque dans les travaux des postglossateurs. Parfois, on reproche à ses solutions, toujours inspirées du plus pur idéalisme, une insuffisante netteté. Mais il leur a communiqué une vie intense, une fécondité nouvelle, en les rattachant à des principes supérieurs d'équité et de raison. Sur le droit pénal international, que ses prédécesseurs les plus éminents avaient traité en serre chaude, il a fait passer, pour la première fois, le vent du large. Puis, il a eu ce mérite, d'avoir la foi. Contemporain de Machiavel, il a pensé que les relations entre les peuples pouvaient être régies par d'autres facteurs que par le jeu des intrigues ou par l'équilibre des intérêts. Témoin de la guerre de Trente ans, dont les crimes impunis évoquaient ou dépassaient les atrocités du Moyen âge (1), il a cru à l'avènement d'une justice internationale. Et, trois ans après sa mort, la paix de Westphalie, dont il a salué l'aurore, marquait un progrès certain, et inaugurait, dans les rapports entre nations, une ère nouvelle.

Section III

La compétence pénale d'après les juristes hollandais.

Sommaire. — Prospérité de la Hollande. — Exaltation du sentiment national. — Influence de l'esprit *universaliste* de Grotius. — *Matthæus :* il affirme la compétence du *judex deprehensionis*, préconise l'application constante de la *lex loci*, admet l'autorité extraterritoriale de la chose jugée. — *Paul Voet* : la territorialité du statut pénal fondée sur la notion d'une souveraineté purement territoriale. — Exceptions tirées de l'ignorance de la loi. — Application exceptionnelle du *statutum domicilii* par le juge du domicile. — Prorogation de la compétence criminelle à l'égard d'infractions commises par des étrangers à l'étranger : influence de la *comitas gentium*. — Exclu-

(1) Grotius, *De la guerre et de la paix*, édit. Pradier-Fodéré, t. I, Prolégomènes, p. 30 : « Quant à moi, convaincu par les considérations que je viens d'exposer de l'existence d'un droit commun à tous les peuples, et servant soit pour la guerre, soit dans la guerre, j'ai eu de nombreuses et graves raisons pour me déterminer à écrire sur ce sujet. Je voyais dans l'univers chrétien une débauche de guerres qui eût fait honte même aux nations barbares; pour des causes légères ou sans motifs on courait aux armes, et lorsqu'on les avait une fois prises, on n'observait plus aucun respect ni du droit divin ni du droit humain, comme si, en vertu d'une loi générale, la fureur avait été déchainée sur la voie de tous les crimes ».

sion de tout effet international des jugements répressifs : exceptions, justifiées par la courtoisie internationale. — *Huber*. Territorialité des lois pénales : l'étranger, coupable d'un délit à l'étranger, se soumet, par sa venue sur le territoire, à la juridiction locale. — Valeur universelle des jugements, limitée par l'intérêt de l'État. — Bynkershoek et Barbeyrac.

Dans l'histoire hollandaise, la période qui va de la publication du « *De jure pacis ac belli* » aux premières années du XVIIIe siècle est une ère de prospérité et de gloire. Sous les Stathoudérats successifs de Frédéric-Henri (1625-1647), de Guillaume II (1647-1650) et surtout sous la présidence du grand pensionnaire de Hollande, Jean de Witt (1650-1672), la République des Provinces-Unies développe son commerce, fonde son empire colonial. Son prestige grandit au dehors. En 1697, Pierre le Grand vient faire à Amsterdam son apprentissage de marin et de charpentier.

Cette activité mondiale se concilie avec le maintien d'un esprit local que favorise l'indépendance juridique des provinces, et d'un patriotisme que la puissance croissante d'un voisin ambitieux rend ombrageux et jaloux. Sous le stathoudérat de Guillaume III, la Hollande résiste victorieusement à l'assaut des armées de Louis XIV qui, commencé par le passage du Rhin, en 1672, se termine en 1678 par le traité de Nimègue.

Le mouvement littéraire et philosophique, dont les noms d'Heinsius, de Wicquefort, de Spinoza, d'Huygens, de Cocceius évoquent l'incomparable éclat, s'accompagne d'un égal développement des sciences politiques et juridiques. Bien que baignées aux sources de la Renaissance, elles empruntent aux circonstances de l'époque un caractère original, proprement hollandais. En même temps, les éditions du *De jure belli ac pacis* se multiplient — trois éditions hollandaises en 1631 et 1632 — jusqu'à la paraphrase que donnera, en 1746, le réfugié français Barbeyrac, et qui contribuera encore à la vulgarisation du livre. Sur les questions de compétence pénale, la rencontre de l'esprit local, « territorial », qui est celui du siècle, et de l'esprit « international » qui est celui de Grotius, explique l'aspect hybride que présentent les doctrines des criminalistes et des internationalistes hollandais.

Matthæus, professeur à Utrecht, publie en 1644 son traité « *de criminibus* » où il expose les principes du droit criminel romain,

en les dégageant des interprétations erronées et des applications singulières de la pratique (1).

Quant à la procédure, il constate l'effacement du système accusatoire. Il traite de l'information, qui est secrète. Il défend le principe de territorialité (2).

Il admet la triple compétence du *forum delicti, du forum domicilii*, du *forum deprehensionis*. S'inspirant du principe territorial, il donne la préférence au juge du lieu du délit (3). Mais il reconnaît au juge du domicile la faculté d'agir *per inquisitionem*, dans l'intérêt de l'État (4). Et il critique, avec plus d'énergie encore que Cujas et Doneau ne l'avaient fait, l'interprétation, par la glose, du texte classique C. III, 15. 1. Il se prononce donc pour la compétence du *forum deprehensionis*. La solution ne se fonde pas seulement sur des considérations d'exégèse (5). Matthæus déplore l'aide que prête aux malfaiteurs le morcellement du territoire en un grand nombre de souverainetés et de provinces qui s'ignorent mutuellement (6). Ce désintéressement peut s'admettre, à l'égard des simples contraventions et des délits de faible impor-

(1) Son ouvrage est un commentaire des 47ᵉ et 48ᵉ livres du Digeste. V. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, 3ᵉ éd. 1913, p. 149. On citera le traité *De criminibus* d'après l'édition de Trèves (1644).

(2) Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 314.

(3) Matthæus, *De criminibus*, p. 675, sous Dig. 48, 13 cap. 5, n. 4 : « Sortitur autem forum reus non solum ubi deliquit, sed et ubi domicilium habet, et ubicunque reperitur... In loco admissi eum accusari posse, nemo dubitat... Illud modo videndum, ne forte hoc solo loco accusari possit, non etiam in loco domicilii, non ubicunque reperitur ».

(4) Matthæus, *op. cit.*, p. 962, sous Dig. 48, 20, cap. 2, nº 8 : « Sane si civis noster, vel incola hujus civitatis, cædem admittat in alia provincia, nonne absurdum valde foret, prætorem in eum animadvertere non posse ? Cum enim leges et statuta vetant cives cædem facere, non solum in civitate, sed et ubivis gentium facere vetant ».

(5) Matthæus, *op. cit.*, p. 675, sous Dig. 48, 13, cap. 5, nº 4 : « Arguît autem ex. d. l. C. III, 13, 5 ita : Accusator debet sequi forum rei. Atqui non est forum rei, ubicunque is reperitur, sed ubi domicilium habet, aut deliquit. Verum quis non animadvertit, argumentum hoc Accursii laborare eo vitio quod petitionem principii Logici vocant ? Illud ipsum enim quæritur, an forum sortiatur, ubicunque fuerit repertus. Nos affirmamus ex d. l. C. III, 15, 1 quæ simpliciter et sine distinctione docet, reos ubi reperiuntur, accusari posse ».

(6) Matthæus, *op. cit.*, p. 676, *loc. cit.*, nº 5 : « Quid enim magis dolendum hodie, quam tot homicidia impune abire, postquam sectis in minutissimas partes provinciarum territoriis atque jurisdictionibus, nullo negotio sicarii aufugiunt, atque alieni territorii finibus potiuntur ? ...Cum vero cæde facta jus divinum simul et gentium violatur, quemvis judicem, in cujus manus reus inciderit, divinæ legis atque communis salutis custodem et patronum esse decet ».

tance. Mais, pour les crimes qui lèsent à la fois le droit divin et le droit des gens, n'est-il pas évident que tout juge aux mains de qui le malfaiteur sera tombé doit se faire l'instrument du salut commun? — Dans l'expression, comme dans la pensée, l'influence de Grotius est manifeste.

Le passage du livre relatif à la compétence législative est plus remarquable encore. Quel que soit le juge saisi — *judex delicti*, *judex domicilii* ou *judex deprehensionis* — la loi dont l'application s'impose est celle du lieu du délit. Pour justifier cette solution dont il fait honneur à Bartole, mais dont il a élargi la portée (1), Matthæus produit l'argumentation la plus riche, et, à notre sens, la plus pénétrante qui ait été présentée jusqu'à nos jours. A Bartole lui-même il emprunte l'observation, dictée par la justice, que la *lex loci delicti* étant la seule à l'application de laquelle le délinquant ait dû s'attendre, elle est la seule, aussi, dont il doive, équitablement, subir les rigueurs (2). — Bartole encore, Rochus Curtius et Dumoulin lui suggèrent l'argument tiré de l'analogie avec les contrats : la *lex delicti* intervient en vertu d'une soumission tacite, d'une volonté présumée du délinquant (3) : argument qu'il faut rapprocher d'un autre passage où Matthæus s'est, contrairement à Balde, déclaré favorable à la *prorogation de juridiction criminelle* (4). — Il accueille l'idée, due à Burgundus, d'une *justice déléguée*. Par un sentiment de solidarité universelle, où se reconnait l'inspiration de Grotius, le juge saisi venge l'outrage que

(1) Matthæus, *op. cit.*, p. 888, sous Dig. 48, 18, cap. 4, n. 24 : « Illa hoc capite non est prætermittenda quæstio, si alia sit pœna criminis ubi commissum est, alia ubi accusatur reus, utrius loci leges in pœna infligenda spectandæ sint? » Bartole (*suprà* p. 145) n'avait envisagé la question qu'à l'égard du *judex domicilii*.

(2) Matthæus, *op.* et *loc. cit.* « ...Itaque, si quis adulterium commiserit in eo loco, ubi capitale est : accusetur ubi capitale non est : capite plectendus erit. Et contra, si accusetur ubi capitale est, commissum sit ubi capitale non est, capitalis pœna remittenda est. Fiducia quippe pœnæ non capitalis peccasse eum credimus : nec peccaturum, si capitale crimen eo loco fuisset ».

(3) Matthæus, *loc. cit.* : « In civilibus judiciis, si ex contractu agatur, certum est spectandas leges ejus loci ubi contractum est, non ubi judicium peragitur... In criminalibus an idem dicendum? Ita videtur : nam... omnis obligatio pro contractu accipitur... et qui crimen admittit, eo ipso subjicere se legibus ejus loci videtur, ubi delinquit ».

(4) Matthæus, *op. cit.*, p. 684, sous Dig. 48, 13, cap. 5, n° 16 : « Non enim subjectio litigantium jurisdictionem tribuit ei qui non habet; sed ei qui habet, tribuit in ea causa, inque eas personas, quæ se jurisdictioni ejus ultro subjiciunt ».

le coupable a infligé à un État étranger, l'État territorial, l'État du crime : c'est donc la loi de cet État qu'il doit observer (1). — A Burgundus encore Matthæus emprunte son rapprochement exact, ingénieux, plein d'avenir, du conflit des lois *dans l'espace*, et du conflit des lois *dans le temps*. Obligé d'opter entre le droit du temps où il juge, et le droit en vigueur au jour de commission de l'acte, c'est à ce dernier que le juge saisi doit donner la préférence. De même, et pour des raisons semblables, le lieu du délit règlera la compétence législative, de préférence au lieu du jugement (2).

La même largeur de pensée se manifeste, quand Matthæus envisage l'effet extraterritorial des jugements répressifs. Il admet l'autorité universelle de la chose jugée, dans ses conséquences négatives (3). L'acquittement exclut toute poursuite nouvelle, lorsqu'il repose sur l'innocence établie de l'inculpé ; alors, en effet, la sentence s'attache à la personne du bénéficiaire, et la suit en tous lieux (4). Mais si l'absolution est l'effet d'une fraude, ou résulte de l'insuffisance momentanée des preuves, une condamnation pour le même fait pourra, ultérieurement, être prononcée par un autre juge (5) : la première sentence a mis fin à l'instance, mais elle n'a

(1) Matthæus, *op. cit.*, p. 889, sous Dig. 48, 18, cap. 4, n. 24 : « Postremo, cum reus ob crimen alibi commissum, alibi punitur, altera civitas alterius dolorem exequitur : æquum igitur, ut eam pœnam infligat, quæ in loco admissi sancita est ».

(2) Matthæus, *loc. cit.* : « Cæterum superior sententia eo quoque argumento confirmatur, quod si tempore adulterii commissi, pœna ejus criminis pecuniaria fuit, tempore judicii sit capitalis, non tempus judicii, sed criminis perpetrati spectandum sit; consequenter igitur, si locus dubitationem pariat, locus admissi, non judicii spectandus erit ».

(3) Matthæus, *op. cit.*, p. 679, sous Dig., 48, 13, cap. 5, n. 10 : « Licet diviso in partes plurimas Romano orbe, sectisque multifariam territoriis dici possit, sententiam in alia provincia latam, alterius provinciæ judici non obesse : penitius tamen re pensitata apparebit, hodie quoque rem judicatam in alio territorio, in alio pro veritate haberi posse. »

(4) Matthæus, *loc. cit.* : « Si plene probaverit innocentiam reus, absolutio rite facta ubicunque terrarum ei prodesse debet : in primis, quoniam sententia in personam non in rem est : cujus generis sententiæ, secundum consuetudinum municipalium peritos, personam, quacunque migret, comitantur. »

(5) Matthæus, *loc. cit.* : « Sin judicantis religio circumventa dicatur, puta, accusatoris prævaricatione, aut subornatis a reo falsis testibus et testimoniis : tum sane æquissimum, atque etiam jure civile permissum, ut detecta fraude reus repetatur. Quod si ideo reus absolutus sit, quod defecerit in probando crimine accusator : non erit absurdum condemnari eundem ab alio judice : propterea, quod hodie deficiente accusatore, non solet reus absolvi a crimine, sed ab instantia duntaxat : præscriptione igitur rei judicatæ se tueri hoc casu non poterit. »

pas purgé l'accusation. On reconnaît la distinction déjà préconisée par Farinacius. — Quant à l'effet positif des jugements étrangers, Matthæus dégage de l'analogie avec la distinction des statuts réels et personnels l'opposition traditionnelle entre les incapacités personnelles, dont la valeur est extraterritoriale, et les sentences conçues *in rem* — telle la confiscation — dont l'autorité n'excède pas les limites du territoire où la chose est située (1). Aux immeubles, la règle s'applique sans contestation ni exception (2). Quant aux meubles, Matthæus, écartant la fiction qui les rattache au domicile et les soumet au statut personnel (3) fiction qui, dit-il, n'a pas prévalu dans la pratique, n'envisage, à leur égard, que le lieu de leur situation réelle (4). Il arrive sur ce point, par des voies différentes, au même résultat que Burgundus (5), dont il a, dans une assez large mesure, subi l'inspiration.

Paul Voet (1619-1677), auteur du « *de Statutis* » et du traité intitulé « *Mobilium et immobilium natura* » s'occupe — sur le modèle de Bartole et de ses successeurs italiens ou français, de Burgundus aussi, qu'il connait — des conflits entre les statuts. C'est dans son livre « de statutis » qu'il traite incidemment du conflit des dispositions pénales (6). Les préoccupations de Paul Voet ne s'attachent donc pas, comme celles de Matthæus, à l'or-

(1) Matthæus, *op. cit.*, p. 986, sous Dig., 48, 20, cap. 4, n° 17. « Quæ personam afficit comitatur personam, etiam extra territorium judicantis. Quæ rem, ab eo solo fertur, qui præest loco, in quo res est sita, nec territorium egreditur. »

(2) Matthæus (*op. cit.*, p. 988, *loc. cit.*, n. 19), écarte l'exception de la doctrine italienne (Clarus, Farinacius) admettant la valeur extraterritoriale de la confiscation prononcée en vertu du droit commun. Cette exception, dit-il, n'est plus de mise, puisque la confiscation ne s'applique qu'aux attentats contre l'État : « Hæc distinctio nostris moribus non quadrat : quippe juxta quos confiscatio non fiat, nisi ob perduellionem. »

(3) Sur la formation de la règle : *Mobilia sequuntur personam*, voir l'analyse pénétrante de M. Lainé, *Introduction*, t. II, p. 228 et suiv.

(4) Matthæus (*op. cit.*, p. 988, *loc. cit.*, n. 18) : « Præterquam enim quod absurdum dictu videtur, eum in cujus territorio supplicium de condemnato sumtum est, cogi mobilia ibidem reperta restituere ei, in cujus territorio domicilium habuit : etiam ratio supra dicta non tam firma et valida videtur... Non enim si ubi domicilium est, ibi fortunarum sedes est, idcirco bona mobilia omnia sunt, ubi domicilium est ».

(5) *Suprà*, p. 273.

(6) Nous le citons d'après l'édition suivante : Pauli Voet, *De Statutis eorumque concursu liber singularis*, Bruxellis, 1715.

ganisation judiciaire. Pour lui, il s'agit, d'abord, de fixer l'étendue d'application des lois : et c'est du résultat obtenu à cet égard que découleront les solutions relatives à la compétence du juge.

Paul Voet expose la situation politique de son pays, qui constitue une fédération de provinces juridiquement indépendantes les unes des autres, et régies par leurs lois propres. Il examine les conflits qui peuvent s'élever entre les statuts régissant ces diverses provinces, ou entre ces statuts et les statuts d'un Etat étranger (1). Comme ses modèles italiens, Paul Voet pense que ces divers conflits doivent se régler par l'application d'un même principe.

Or, ce principe est le suivant : le statut est *territorial*, comme la souveraineté dont il émane (2). Mais, ce principe posé, et suivi, en général, avec une rigueur qu'on n'a pas trouvée chez Burgundus, Paul Voet lui apporte des tempéraments : tempéraments dictés, dans une certaine mesure, par l'autorité des maîtres italiens, inspirés surtout par une conception nouvelle des relations internationales, où se reconnaît l'influence de Grotius.

Aux infractions commises sur le territoire, on appliquera le *statutum loci*. La solution se fonde sur l'idée d'un consentement présumé, d'une acceptation anticipée de la peine (analogie avec les contrats) (3). Elle suppose que l'acte matériel constitutif du délit a réellement eu lieu sur le territoire : Voet exclut l'interprétation extensive de Burgundus, fondée sur une prétendue quasi-territorialité : l'exportation de blé, commise par un étranger au mépris du statut local, ne relèvera des juridictions locales que si le coupable est arrêté sur le territoire, ou s'il y est procédé à la saisie d'une partie du blé qu'il se proposait de transporter au dehors (4).

(1) Sur Paul Voet, v. Lainé, *Introduction*, t. II (1892), p. 99 et suiv. : Meili, *Die hauptsächlichsten Entwicklungsperioden...*, p. 20 et suiv.

(2) Voet, *De Statutis*, sect. IV, cap. II, p. 124 : « Verum quod indistincte procedat mea sententia, exsequentibus patebit abunde. Quia nullum statutum, sive in rem, sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituatur, sese extendit ultra statuentis territorium... Neque hic distinguam, cum lex non distinguit, an sese extendet statutum directe ad bona extra territorium statuentium sita, an indirecte, an propalam, an per consequentiam ».

(3) Voet, *De Statutis*, sect. XI, cap. I, p. 291 : « Uti regulariter quis contrahendo se subjicit statuto loci contractus, ita etiam quis delinquendo censetur semet loci statuto in quo deliquit ratione poenae subjecisse : maxime si delictum juri naturæ vel gentium adversetur ».

(4) *Op. cit.*, sect. IV, cap. II, p. 125 : « *Statutum prohibens ne frumentum exportetur etiam obligat forensem*. Non aliter, atque huic territorio subjacet forensis ratione bonorum, quae exportare nequit, contra statutum prohibens

L'application du *statutum loci* souffre d'ailleurs exception quand le délit n'est pas un *delictum commune* (également prévu par le statut du lieu et par le statut du domicile), ou si la peine établie par le *statutum loci* est sans rapport avec celle qu'il est d'usage d'infliger pour le même fait (1). Encore faut-il revenir à l'application de la règle ordinaire quand le coupable est demeuré un certain temps dans le pays, ou lorsqu'il a eu telle autre raison de s'attendre à l'application de la peine établie par le statut (2). On remarquera l'emploi d'expressions vagues, qui laissent place à l'appréciation arbitraire du juge.

Le statut de la cité ne régit pas les infractions commises par des domiciliés hors du territoire. En effet tout statut, *qu'il soit réel ou personnel*, est limité par la *potestas statuentium* : « Nullum statutum, sive in rem, sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituatur, sese extendit ultra statuentis territorium (3) ». Le *jus civile* de Grotius est spécial aux sujets de l'État. Le *jus civile* de Paul Voet est territorial; il s'arrête aux frontières de l'État. — Or, la règle subit une double exception : d'abord, dans les rapports entre les provinces d'un même État, le statut local peut s'étendre hors de la province, si telle est la volonté du souverain commun (4); puis, entre des États souverains, indépendants, le *statutum domicilii* peut régir des faits commis au dehors, *s'il le dit expressément* (5). La première exception s'accorde aisément avec les motifs

frumentum forte exportari, si modo in territorio aut ipse aut pars bonorum mobilium etiamnum reperiantur,... Accedit, quod tale statutum non tam in personam quam in rem latum esse videatur, ut forensem ratione rei ibidem sitæ constringat ».

(1) *Op. cit.*, sect. XI, cap. I, p. 293 : « Quod si tamen delictum non sit commune, vel si commune pœna statuti non sit delicti proportionata, saltem quæ non ordinarie infligi soleat, adeoque contineat in loco statuti quidpiam speciale, non tenebitur reus ordinaria pœna ».

(2) *Loc. cit.* : « Nisi tamen aliquo tempore in loco delicti fuerit commoratus, ut cognitam habere potuerit illius statuti pœnam.... Vel etiam vero similiter cogitare potuisset et debuisset, talem statuto pœnam delicto impositam esse. Ut hoc casu ignorantia veniam non mereatur ».

(3) Voir ci-dessus, p. 299, note 2.

(4) *Op. cit.*, sect. IV, cap. II, p. 125 : « Sic itidem statutum in rem et in personam sese extra statuentis territorium extendet, in quantum a supremo Principe est confirmatum, qui utriusque territorii est dominus ».

(5) *Loc. cit.* : « Sic itidem potestas statuentium sese extendit extra territorium ad hunc effectum ut pœna subdito imponatur de gestis extra territorium, siquidem id expressum sit statuto, ut teneantur, si extra territorium deliquerint; non si simpliciter loquatur ».

de la règle; la seconde, qui s'appuie sur de nombreuses citations, toutes empruntées à la doctrine italienne, est en contradiction flagrante avec ces motifs. Mais ce qui s'explique mal, *si de ratione juris civilis sermo instituatur*, peut être commandé par le droit naturel, par le droit des gens. Si le *statutum domicilii* contient une disposition qui interdit à des sujets de s'assigner mutuellement devant une juridiction étrangère — disposition conforme à la constitution de Charles IV, *bulla aurea Brabantina* —, cette disposition les oblige à suspendre toute procédure qui serait entamée dans les conditions prévues (1). — N'y a-t-il pas lieu quelquefois, pour le juge du domicile saisi d'une infraction commise à l'étranger, d'appliquer le *statutum loci*, comme voulaient Bartole et Salicet? Paul Voet l'admet, dans des cas exceptionnels : s'il est intervenu un accord, entre deux cités indépendantes, ayant pour objet l'application de peines égales à leurs sujets respectifs (2), ou encore si le fait prévu par la loi étrangère n'est pas puni par le *statutum domicilii :* dans ce dernier cas, le juge aura un pouvoir arbitraire (3). Mais, d'une façon générale, Paul Voet préconise l'application du *statutum domicilii :* d'abord parce qu'il est mieux connu du délinquant; ensuite parce que cette solution est la seule qui rende impossible la fraude à la loi (4).

(1) *Op. cit.*, sect. VIII, cap. II, p. 247 : « Unde quæsitum an si statutum disponat, ne concives invicem judicio conveniant extra territorium (quale est concessum Brabantinis, læto introitu, Phil. II, Hispani regis, quale etiam apud Hollandos aliosque obtinet) aliquid operetur extra territorium statuentis? Resp. Si spectemus concives invicem extra provinciam sistentes; eo usque effectum sortietur hoc statutum ut concives in loco statuentis mandato pœnali impetrato invicem ad hoc cogant, ut refusis expensis, liti extra territorium inchoatæ renuncient. Id quod etiam obtinet secundum auream bullam Caroli IV verb. *cum per duos Romanos Imperat* ubi quia omnes uni subsunt Imperatori, actus in contrarium declaratur nullus ».

(2 et 3) *Op. cit.*, sect. XI, cap. I, p. 294 : « Quid si extra territorium deliquit, ad locum domicilii revertatur, ibique prehensus, coram sui domicilii judice sistatur, an puniendus erit secundum sui domicilii statutum, an secundum loci statutum, ubi deliquit? Resp. Licet nonnulli censeant eum in loco domicilii secundum ejusdem statutum puniri non oportere, quod ibidem non deliquerit... id quod forte obtineret, si delictum non esset commune, sed illius civitatis proprium in qua deliquit, casu quo locus esset arbitrariæ pœnæ... aut si inter civitates quæ invicem non parent, aut uni Principi supremo non subsunt concordata sint concepta, de puniendis invicem subditis, pari pœna, ex delicto pari... »

(4) *Loc. cit.* : « Quia tamen reus criminis se videtur retulisse ad statutum sui domicilii quod optime noverat, et ad quod reverti decreverat, adeo quo pœnam statuto decretam respexisse ut ei semet subjicere voluerit : etiam pœna

Paul Voet va plus loin, dans l'application extraterritoriale des statuts pénaux. Il admet cette application *à l'étranger, coupable d'un délit à l'étranger*, s'il y a consentement des parties à la juridiction locale, *in jurisdictione prorogata*. Il l'admet encore dans les rapports entre cités voisines qui sauvegardent leurs intérêts communs, en observant la *comitas gentium* (1). Dans un autre passage il décide enfin, en termes plus généraux, que l'étranger, comparaissant devant le *judex deprehensionis*, sera jugé suivant la *lex fori*, à cause de cette solidarité, — *cognatio illa naturalis* — qui existe entre tous les hommes (2). Ce n'est pas la justice déléguée de Burgundus et de Matthæus. Pour obtenir l'effet d'intimidation collective qui est le but de la peine, nulle loi ne saurait être préférée à la loi du juge qui applique la sanction (3). Pourtant, si la peine établie par la *lex loci* est très inférieure, le juge peut exercer son pouvoir arbitraire, dans un esprit d'indulgence (4). Il peut tenir compte aussi de la loi du domicile, « vel ex comitate, vel ex concordatorum ratione », c'est-à-dire : en vertu du droit naturel, ou du droit des gens (5). Ou bien accordera-t-il la *remissio* au *judex de-*

domicilii eumdem afficiendum existimarem, maxime, quod aliter delicta manerent impunita, et civis delinquere volens extra territorium se conferret, ibique adversarium provocando, statutum sui loci eluderet ».

(1) *Op. cit.*, sect. IV, cap. II, p. 126 « Insuper si non subditi sua sponte consentiant in judicem non suum, etiam tunc statutum extra territorium ad non subditum vires exserit. Id quod obtinet in jurisdictione prorogata... Denique nonnunquam, dum populus vicinus vicini mores comiter vult observare, et ne multa bene gesta turbarentur, de moribus, statuta territorium statuentis inspecto effectu solent egredi. »

(2) *Op. cit.*, sect. XI, cap. I, p. 295 : « Licet non tam propter commissum delictum puniatur, quam propter illud ipsum factum quod territorium ingrediatur, sic que de novo judicem offendat. Dicendum nihilominus videtur, eum ubique locorum, ubi fuerit deprehensus, puniri posse. Et quia non tantum omnium interest, maleficia non relinqui inulta, quam singulorum, propter cognationem illam naturalem, quam natura inter homines constituit, ut hominem homini insidiari, ubique nefas sit judicatum ».

(3) *Loc. cit.* : « Et quidem eumdem pœna loci statuti ubi deprehenditur puniri posse judicarem. Tum quia pœna etiam ad exemplum est infligenda, ut si puniatur alibi, ea pœna, quæ ibidem obtinet, videatur esse puniendus, quod aliter subditi ibi locorum non deterrerentur; nec metus ad omnes perveniret... ».

(4) *Loc. cit.* : « Si tamen alibi delictum non tantam meretur pœnam quam ubi deprehensus est reus, vel ibi pœna non satis sit illi delicto proportionata, quia dura nimium et aspera, judicis arbitrio relinquendum id esse censerem, quia pœna facinorosum punire velit ».

(5) *Loc. cit.* : « Uti forte etiam vel ex comitate, vel concordatorum ratione pœnam domicilii rei criminalis infligere poterit ».

licti, sur sa demande ? Le *jus civile* la rend obligatoire, entre juges d'un même État. Entre États différents, elle n'a lieu qu'à titre exceptionnel, *ex humanitate* (1).

Les effets qu'il attache à « l'humanitas », à la « comitas gentium », au pouvoir arbitraire du juge ont singulièrement éloigné Paul Voet de son principe : savoir, la portée territoriale de la loi. Il le retrouve, et l'applique avec un redoublement de rigueur, dès lors qu'il s'agit de déterminer les effets des sentences pénales. La loi ne peut s'étendre hors du territoire, ni directement, ni indirectement, *propalam*, *per consequentiam*. L'autorité de la sentence est limitée, dans l'espace, par le ressort du juge, comme la durée de la peine est limitée dans le temps. Paul Voet a bien vu ce qu'a d'illogique, d'inconciliable avec son principe la distinction traditionnelle, conservée par Burgundus, entre les interdictions particulières et les incapacités générales, comme l'infamie, qui modifieraient l'état de la personne, et la suivraient en tous lieux. Il exclut donc cette distinction (2).

Mais c'est pour rétablir une autre distinction, non moins contestable, non moins illogique que la précédente. La sentence qui prononce la confiscation des biens produira-t-elle ses effets au dehors? Il semble que la solution négative s'impose. Comment l'exécution forcée serait-elle possible, là où la sentence, d'après ce qu'a dit l'auteur lui-même, n'a pas l'autorité de la chose jugée? Eh bien, dit Paul Voet, il faut distinguer. Si la confiscation s'applique aux immeubles, elle ne peut s'exercer au dehors : et la raison qu'il donne est surprenante : c'est que les immeubles sont soumis au statut réel : on croit entendre la voix de d'Argentré (3).

(1) *Loc. cit.* : « Jure tamen civili notandum, remissionibus locum fuisse de necessitate, ut reus ad locum ubi deliquit, sic petente judice, fuerit mittendus, quod omnes judices uni subessent imperatori... Moribus nihilominus (non tamen Saxonicis) totius fere Christianismi nisi ex humanitate non sunt admissæ remissiones ».

(2) Voet, *op. cit.*, sect. IV, cap. III, p. 140 : « Quod si quis in uno loco sit notatus infamia, an etiam in alio loco, non subdito priori pro infami habebitur? Ita quidem velint... Bartolus, Baldus...; contrarium potius colligo ex generali regula : quod judex nihil possit extra territorium, adeoque nec judicis sententia. Quin imo uti pœna tempore determinata contra sententiæ fidem non ulterius porrigitur, ita nec pœna quæ loco et territorio judicis sententiam proferentis est conclusa. Pari enim passu ambulant tempus et locus, ut a tempore ad locum argumentum etiam procedat ».

(3) *Op. cit.*, sect. XI, cap. II, p. 300 et s. : « ... Nam si alibi sita immobilia pœnali statuto afficerentur, illud statutum tanquam reale extra statuentis territorium extenderetur : quod absurdum esse ex anterioribus abunde patet ».

Si, au contraire, il s'agit de confisquer les meubles, la solution est différente, car les meubles suivent la personne. Cette expression, pour Paul Voet, a un double sens; dans un passage, il laisse entendre que les meubles, n'ayant pas de situation fixe, sont réputés adhérer à la personne (1); ailleurs, il explique que les meubles sont censés se trouver là où la personne a son domicile (2).

Quelle que soit l'explication définitive, une objection se présente. Comment cette fiction s'imposerait-elle au juge du lieu où les meubles se trouvent *réellement?* Comment ce juge, auquel il faudra s'adresser pour l'exécution forcée d'une sentence étrangère, sera-t-il tenu de s'y conformer? — Paul Voet a prévu l'objection, et il y répond. Sans doute, le juge ne sera pas tenu de le faire, *jure civili*. Mais il le fera cependant, pour se conformer aux usages, *ex æquitate* (3).

La pensée de Paul Voet est éclairée sur ce point par un passage de son fils, Jean Voet, qui fut, comme on sait, le continuateur de son œuvre : « Il faut considérer, dit-il (4), que cette règle est fondée sur une fiction, ou, si l'on aime mieux, sur une présomption de droit : les meubles n'ayant point d'assiette certaine et fixe et pouvant être facilement ramenés par leur propriétaire au lieu de son domicile, on en a conclu, par une interprétation de sa volonté, qu'ils ont tous une situation, au moins fictive, là où se trouve le centre de ses intérêts. Si, toutefois, quelqu'un pense que de telles fictions de droit sont contraires à la raison naturelle, qui serait ici seule à consulter, je n'y contredirai pas, et, en effet, j'estime que la règle dont il s'agit doit être attribuée à la courtoisie interna-

(1) *Op. cit.*, sect. IV, cap. II, p. 125 : « Quin tamen ratione mobilium, ubicumque sitorum, domicilium seu personam domini sequamur..., idque propter expressos textus juris civilis, quibus mobilia certo loco non alligantur, verum secundum juris intellectum personam comitari, eique adhærere judicantur; id quod etiam mores ubique locorum sequuntur... ».

(2) *Op. cit.*, sect. XI, cap. II, p. 302 : « Mobilia quippe judici domicilii vel condemnanti cedere debebunt, quod sequantur personam, et ibidem esse fingantur, ubi quisque sedem suarum fortunarum collocavit... ».

(3) *Loc. cit.* : « Dissentiunt hic alii, qui censent judicem bona quævis, sive mobilia sive immobilia in suo reperta territorio retinere posse. Id quod facile concessero, si de absoluta loquamur potestate, quam quisque in suo potest exercere: ut non teneatur, nisi æquitate, mobilia cedere judici distincti territorii ».

(4) Jean Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. I, tit. IV, pars. 2. *De statutis* n. 7 et s., passage rapporté par Lainé, *Introduction*, t. II, p. 172.

tionale, plutôt qu'à la rigueur du droit dont jouit tout magistrat sur les biens situés dans son territoire ».

Une affirmation énergique du caractère territorial de la loi pénale, dont il a compris et déduit pour la première fois avec rigueur — lorsqu'il s'est placé sur le terrain du droit civil — les conséquences : telle est la contribution de Paul Voet aux tendances politiques de son pays et de son temps. L'idée que cette affirmation doit être tempérée par la *comitas*, c'est-à-dire par de sages concessions aux usages qu'a fait naître l'existence d'une société entre les nations : voilà son emprunt au « droit des gens » de Grotius. Et du « droit naturel » procède « *l'æquitas* », ce sentiment assez vague d'humanité et de justice qui l'entraîne à reconnaître parfois au juge un pouvoir d'option entre plusieurs lois. Cet éclectisme donne au système de Voet, comme en général à la doctrine hollandaise, malgré la rigidité apparente de son principe, son aspect un peu indécis et flottant.

Ulricus Huber (1636-1694) dans ses *Prælectiones juris civilis* (t. III, liv. I, tit. 3) a écrit, sous la rubrique « *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* », dix pages qui, dit M. Lainé, ont eu autant de poids que dix volumes. Dans un autre ouvrage : « *De jure civitatis* », lib. III, sect. IV, cap. I, n. 40-45, sous le titre : *De jure civitatis adversus exteros. De his quæ exteri sibi invicem debent*, il traite brièvement de la compétence pénale (1). Les solutions qu'il propose, sur ce dernier point, procèdent directement des principes qu'il a écrits, en tête de sa dissertation du conflit des lois.

En effet, pour Huber, trois axiomes sont de nature à résoudre toutes les difficultés de la matière, si inextricables qu'elles soient :

Ces axiomes sont les suivants (2) :

1° Les lois de chaque État règnent dans les limites de son territoire et régissent tous ses sujets, mais au-delà n'ont aucune force.

2° Doivent être considérés comme les sujets d'un État tous ceux

(1) Cf. U. Huberi, *Opera minora et rariora*, Trajecti ad Rhenum, 1746.

(2) Voir Laine, *Introduction...*, t. II, p. 107 ; Meili, *Ein specimen aus der holländischen Schule des internationalen Privatrechts*, *Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, Leipzig, 1898, p. 189 et s.

qui se trouvent dans les limites de son territoire, qu'ils y soient fixés d'une manière définitive ou n'y aient qu'une demeure temporaire.

3° Les chefs des États, par courtoisie, font en sorte que les lois de chaque peuple, après avoir été appliquées dans les limites de son territoire, conservent leur effet en tout lieu, pourvu que ni les autres États, ni leurs sujets n'en reçoivent aucune atteinte dans leur pouvoir ou dans leur droit.

Le premier axiome a pour conséquence la territorialité des lois, et notamment des lois pénales. Cette proposition, dit Huber, est conforme à la nature de l'État, et elle est reçue dans la pratique presque universelle des nations, comme l'atteste Grotius II, c. II, n° 5. Celui qui contracte dans un lieu se trouve, comme sujet temporaire, soumis à la loi locale (1). Il doit en être de même de celui qui commet un délit sur le territoire.

Mais il résulte aussi du deuxième axiome que l'auteur d'un délit commis à l'étranger, en n'importe quel lieu du globe, se soumet, par sa simple venue sur le territoire, à la juridiction locale. Il se rend sujet de l'État sur le territoire duquel il se trouve, même temporairement (2). Dans les matières criminelles, le salut du genre humain impose cette solution.

La territorialité des lois a pour conséquence qu'un jugement est, en lui-même, privé de force et d'autorité hors du pays où il a été rendu. Mais l'intérêt, la nécessité commune a fait reconnaître par les divers États, contrairement au droit civil, la valeur universelle des jugements. Et les juges d'un pays rendent exécutoires les sentences étrangères, civiles ou criminelles (3).

(1) Lainé, *op. cit.*; Meili, *loc. cit.*, p. 193.

(2) Huber. *De jure civitatis*, liber III, *De jure civitatis adversus exteros*, sect. IV, cap. I, *De his quæ exteri sibi invicem debent*, § 40 : « In delictis maxime obtinet axioma ubi te invenio, ibi te judico, quæ tamen regula generalis est... quod subjecti imperio sint, quicumque in eodem territorio reperiuntur, licet ad tempus et ὡς ἐν παρόδῳ in transitu... ».

§ 41 : « Ergo, quod delicta ubivis terrarum admissa puniri possunt, ubicumque malefici reperiuntur, non est juris extraordinarii, sed e natura jurisdictionis summæque potestatis immediate fluit, et ratio salutis communis humani generis, exercitium illius regulæ, in criminibus etiam, commendat ». — Cf. Huber, *Prælectiones*, t. II, lib. v, tit. I, *De foro competente*, n° 57 : « Quia generis humani summopere interest, delicta non manere impunita..., non immerito receptum est ut crimina non judicata, ubicumque delinquentes inveniantur, meritis suppliciis coerceantur ».

(3) Huber, *De jure civitatis*, *loc. cit.*, § 42 : « Sed utilitas, imo necessitas adigit potestates diversorum imperiorum, ut res uno loco judicatæ ab his, qui

Une restriction toutefois : le juge local écartera cette exécution, s'il peut en résulter un grave préjudice pour l'État ou ses ressortissants. C'est ce qui résulte de l'axiome qu'Huber a posé en troisième lieu (1).

En résumé, la rigueur du principe territorial souffre les tempéraments que l'intérêt des bonnes relations internationales, mis en lumière par Grotius, a fait apporter. Mais ces tempéraments eux-mêmes sont limités par l'intérêt de l'État. Cette dernière limitation, que l'on n'a pas vu énoncer par Paul Voet, achève de donner sa physionomie à l'École des internationalistes hollandais.

On s'attend peut être à trouver le développement des idées de Grotius chez les auteurs qui, après lui, en Hollande, ont écrit sur le droit des gens : Bynkershoek et Barbeyrac.

Bynkershoek (1672-1743), auteur du « *De foro legatorum* (2) », admet, comme Grotius, qu'en droit civil, la juridiction est fondée sur la *sujétion de la personne;* que la compétence des tribunaux dépend du domicile — qu'il distingue mal, d'ailleurs, de la nationalité (3). — Il admet aussi qu'*en matière pénale* l'étranger se rend sujet de l'État sur le territoire duquel il pénètre, et se soumet ainsi à sa juridiction (4).

jus ibi judicandi habebant, ubique locorum obtineant; et requisiti judices aliorum sententias executioni mandent, *tam in causis civilibus quam in criminalibus* ». — Cf. Huber, *Prælectiones, de conflictu legum*..., n° 6. « Sententia in aliquo loco pronuntiata, vel delicti venia ab eo qui jurisdictionem illam habet, data, ubique habet effectum, nec fas est, alterius reipublicæ magistratibus reum alibi absolutum veniave donatum, licet absque justa causa, persequi aut iterum permittere accusandum ».

(1) Huber, *De jure civitatis, loc. cit.* : « ... Nisi jurisdictionis nostræ civiumque nostrorum gravius intersit. » — Cf. Meili, *Die hauptsächlichsten Entwicklungsperioden*..., p. 20.

(2) V. *Traité du juge compétent des Ambassadeurs, tant pour le civil que pour le criminel* traduit du latin de M. de Bynkershoek par Jean Barbeyrac, professeur de droit public et privé à Groningue, La Haye, 1723.

(3) Bynkershoek, *op. cit.*, chap. II, p. 11 et p. 23 : « S'il y a quelque loi particulière qui défende de passer sous une autre domination, à la bonne heure. Mais lorsqu'il ne paraît point de telle loi, on peut cesser d'être sujet d'un État, en changeant de domicile d'une manière à marquer clairement sa volonté ». — On sait qu'au XVIIe siècle, tous les protestants réfugiés en Hollande ont acquis ainsi la nationalité hollandaise.

(4) Bynkershoek, *op. cit.*, ch. II, p. 12 et 14. « Il a passé en loi commune que chacun peut être appelé en justice partout où il se trouve, et arrêté même, si l'on craint qu'il ne s'évade; sa seule présence étant censée soumettre toute per-

Mais si Bynkershoek donne ces solutions, c'est incidemment, pour préparer les exceptions qu'il leur apporte en faveur des agents diplomatiques : « Par le consentement tacite et exprès des peuples, celui qui est absent pour cause d'ambassade n'est point censé avoir changé de domicile » — pour introduire la fiction d'exterritorialité, dont il regrette d'ailleurs les abus (1). Animé d'un esprit essentiellement pratique, il a vu surtout dans le droit des gens un ensemble d'usages auxquels il attribue une valeur obligatoire, tout en les contrôlant par les lumières de la raison (2). Sa méthode procède de Gentilis, plutôt que de Grotius.

Quant à *Barbeyrac* qui fut le traducteur et l'annotateur de Grotius et de Bynkershoek, il a contribué, par ses paraphrases, à la vulgarisation de leurs livres. Il a commenté et critiqué, parfois de façon heureuse, leurs nombreux exemples tirés de l'antiquité (3). Mais il n'a pas eu de doctrine propre sur le droit pénal international.

Ce n'est plus désormais en Hollande, c'est en Allemagne et en France qu'il faudra suivre le sillon qu'a creusé dans le droit des temps modernes la pensée de Grotius.

sonne à la juridiction d'autant de territoires qu'il y en a de distincts, et en divers États, et sous un seul et même prince. C'est aussi la maxime que nous suivons aujourd'hui, à moins que, comme je l'ai déjà dit, il n'y ait là-dessus quelque règlement particulier, qui ne le permette pas ».

(1) Cf. Delpech, *Bynkershoek*, dans l'ouvrage : *les fondateurs du droit international*, p. 410 et suiv.

(2) *Bynkershoek*, *op. cit.*, chap. II, § XI, p. 28 : « Si tous les hommes sont hommes, c'est-à-dire s'ils font usage de leur raison, la raison ne peut que leur conseiller et leur commander certaines choses qu'ils doivent observer comme par un consentement mutuel, et qui, étant ensuite établies par l'usage, imposent aux peuples une obligation réciproque; sans quoi on ne saurait concevoir ni guerre, ni paix, ni alliances, ni ambassades, ni commerce ».

(3) Voir par exemple, sous Bynkershoek, *op. cit.*, chap. II, p. 12, son commentaire sur le texte. Dig., lib. XLIX, tit. XV, *De captivis et post liminiis*, 7, 2, qui a été cité plus haut, p. 45, n. 5.

CHAPITRE VIII

LE MOUVEMENT DOCTRINAL ET LÉGISLATIF EN ALLEMAGNE AUX XVIIe ET XVIIIe SIÈCLES

SOMMAIRE. — Restauration de la doctrine statutaire en Allemagne. — Le mouvement intellectuel et philosophique. — Situation politique : morcellement des États : tendances libérales. — Création d'un nouveau royaume autoritaire et centralisé : la Prusse. — Le mouvement législatif.

C'est dans les États germaniques, aux XVIIe et XVIIIe siècles, que la doctrine italienne des statuts, momentanément étouffée par les théories politiques contemporaines de la formation des grands États, revient au jour. C'est là qu'étudiée, renouvelée dans un esprit scientifique, elle reçoit de nouveaux développements. Il est permis d'en concevoir quelque surprise. L'Allemagne, au lendemain du traité de Westphalie, semble épuisée. Physiquement, elle est dévastée, dépeuplée par les excès de la guerre de Trente ans. Socialement, elle offre le contraste douloureux de la misère qui désole les campagnes, et du luxe insolent, de la dépravation qui s'étale dans les nombreuses cours de ses Princes. Politiquement, sous la domination théorique de la maison des Habsbourg, elle offre un chaos de républiques, de principautés ecclésiastiques, de royaumes dont les rapports sont compliqués par les alliances qu'ils concluent entre eux ou qu'ils nouent avec l'étranger. Ce n'est ni la monarchie, ni l'aristocratie, ni la démocratie. C'est, dit Samuel de Puffendorf (1), une association confuse : *irregulare aliquod corpus et monstro*

(1) Dans son ouvrage : *De statu imperii germanici;* cf. Lavisse et Rambaud, *Histoire générale de l'Europe*, t. VI, *Louis XIV*, p. 533.

simile. Un tel terrain était-il favorable au progrès doctrinal et législatif?

On ne saurait nier que, quelque temps, la misère sociale et politique de l'Allemagne ait déterminé un certain affaiblissement intellectuel. Dans la seconde partie du XVIIe siècle, la production littéraire et artistique est médiocre, marquée surtout par une imitation servile de l'étranger. Les Universités, dont les principales sont celles de Leipzig, Iéna, Heidelberg, Tubingen, Halle, ne brillent pas d'un très vif éclat. Mais l'application, qui est le trait caractéristique de l'esprit allemand, aide au réveil intellectuel. Le génie de Leibnitz offre au peuple anémié par les privations et par les souffrances le réconfort d'une philosophie spiritualiste; sous son impulsion, l'effort se dirige naturellement vers les sciences sociales. C'est sur un pays torturé par la guerre que l'internationalisme scientifique de Grotius met son empreinte la plus profonde; c'est là que le grand juriste hollandais va recruter es principaux continuateurs de son œuvre : Puffendorff, Wolff, Vattel. C'est dans un État divisé, compliqué, semi-anarchique, que de patients héritiers de Bartole, — les Mevius, les Cocceji, les Hertius — s'ingénieront à résoudre les conflits de compétence pénale.

Comment méconnaître, en effet, que l'état politique de l'Allemagne, à la fin du XVIIe siècle, offrait aux spéculations des internationalistes une incomparable matière? En droit, le Saint-Empire germanique existe, et l'autorité souveraine réside à Vienne. En fait, la nullité du pouvoir exécutif représenté par le Conseil aulique (Reichshofrath), l'impuissance de la Diète (Reichstag) dont l'activité se dépense en querelles religieuses, le fonctionnement imparfait du tribunal impérial (Reichskammergericht) paralysé par les lenteurs de sa procédure assurent l'indépendance et l'autonomie presque complète des États (1). Leur constitution où le pouvoir du Prince est contrebalancé, dans les territoires laïques, par celui des Parlements (Landstände), dans les territoires ecclésiastiques par celui des chapitres, est, le plus souvent, libérale. Dans le domaine judiciaire, la prédominance persistante de la *procédure accusatoire* est le signe évident de cet esprit libéral. Même sous le régime plus autoritaire de Charles-Quint, sa fameuse Constitution criminelle, la Caroline, ne faisait aux formes de la procédure inquisitoriale qu'une part restreinte : elle admettait la *torture*, qui n'en

(1) Lavisse et Rambaud, *Histoire générale*... t. VI, p. 539.

était pas, d'ailleurs, un trait distinctif (1). En 1635, le criminaliste saxon Carpzow ignore encore l'institution du Ministère public, il préconise l'élargissement des droits de la défense (2). Dans la seconde moitié du xvııe siècle, les rigueurs de la Caroline, jugées excessives, sont abrogées par l'Empereur d'Autriche, Léopold Ier. En France, à la même époque, triomphent la centralisation et le despotisme; en Allemagne règnent la division et la liberté. On a vu combien l'ordre légal de Louis XIV, inspiré par l'intérêt monarchique, était peu favorable au progrès scientifique du droit pénal international. La liberté politique, qui s'exerce au delà du Rhin, y favorisera un nouvel épanouissement de notre science. Entre la Lombardie du xıve siècle et la Germanie du xvııe il existe, toutes réserves faites quant à l'importance respective des États, de singulières analogies. Même souveraineté de l'Empereur restée théorique, et respectueuse des autonomies locales. Même communauté d'un Droit qui se superpose aux législations spéciales, d'origine germanique, et qui est, dans les deux cas, le Droit romain. Même préoccupation, chez des juristes éminents, de résoudre les conflits de compétence, en matière civile ou criminelle, suivant les conseils de la raison et de la justice.

Pourtant, un fait politique nouveau, que les circonstances précédentes ne faisaient pas prévoir, ni ne commandaient, allait préparer, pour l'avenir politique, social, intellectuel de l'Allemagne, une révolution. A l'Est de l'Empire, profitant de la liberté qu'il laissait à ses membres, un jeune royaume, riche d'énergies et d'ambitions, se constituait. Les électeurs de Brandenburg, les premiers rois de Prusse, Frédéric-Guillaume et Frédéric II, ne se sont pas bornés à renforcer la puissance militaire de leur État. Multipliant les relations de toutes sortes, politiques, commerciales, avec la Hollande, ils ont favorisé la pénétration, en Allemagne, de la pensée hollandaise, alors dominante dans l'ordre du droit international : les Wolff, les Vattel, les Cocceji sont des Prussiens de naissance ou d'adoption. Par l'accueil intéressé, mais bienveillant, qu'ils ont su faire aux religionnaires fugitifs de France, assimilés à leurs propres sujets par l'édit du 13 mai 1709, ces souverains ont accaparé, en quelque sorte, à leur profit, le renom de libéralisme et d'internationalisme de l'Allemagne nouvelle. L'esprit de réalisation et de commandement qui est le trait

(1) La torture existait, en effet, en droit romain. V. plus haut, p. 41, 83, 208. Cf. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 303 et suiv.

(2) Esmein, *loc. cit.*

dominant de leur race les a amenés à concrétiser dans des lois — les premières lois nationales de droit pénal international — les résultats acquis par la science allemande.

Cet aperçu des circonstances de l'Allemagne renaissante, au lendemain de la guerre de Trente ans, dicte le plan des développements qui vont suivre.

C'est la pensée philosophique allemande qu'il faut observer dans la mesure où, suivant le sillon creusé par Grotius, elle cherche en précisant la notion de l'État, et de son rôle, à délimiter sa compétence pour la répression de la criminalité universelle.

C'est le travail consciencieux des internationalistes allemands qu'il faut suivre. Respectueux, comme Bartole, du droit romain qui reste, pour eux, un droit *positif*, mais avides aussi de solutions justes et raisonnables, ils ont voulu déterminer, dans la variété des conflits nés de la complication des relations internationales, le tribunal compétent, la loi applicable, l'efficacité du jugement répressif étranger.

De l'examen des législations allemande, bavaroise ou prussienne, élaborées sous l'inspiration des juristes, se dégagera la conclusion de ce chapitre.

Section I

Les successeurs de Grotius.

Sommaire. — Influence du système universaliste et idéaliste de Grotius. — *Puffendorf.* — Il nie la force obligatoire d'un Droit naturel antérieur à la loi positive. Il se refuse à reconnaître le rôle de la guerre comme sanction pénale. — Il exclut le principe de la compétence universelle. — *Wolff.* — Il admet la force obligatoire du Droit naturel qui régit les États; celle du Droit des gens positif ou volontaire. La *Civitas Maxima.* — Il refuse à la guerre le caractère et les effets d'une procédure pénale. — D'autre part, invoquant les obligations réciproques des États, il admet, dans une large mesure, les effets de la souveraineté personnelle. — *Vattel.* — Son point de départ est utilitaire et réaliste : nécessité de maintenir un équilibre entre les intérêts des États. — Il admet cependant que la guerre intervienne pour la protection d'un intérêt commun, en qualité de châtiment, de sanction pénale. — Il admet enfin le principe de la compétence universelle.

Le nom de Grotius est resté attaché au principe de la répression universelle. Partant de la conception *a priori* d'un Droit naturel, antérieur à la loi positive, supérieur à Dieu lui-même, l'auteur impose à tout homme l'obligation de le respecter, et de le faire respecter par autrui. L'État, qui n'est autre chose qu'une collectivité

d'hommes, a le devoir de sanctionner pénalement la violation du Droit naturel, en quelque lieu qu'elle se soit produite. La guerre juste n'est autre chose qu'une sanction pénale de ce genre infligée par l'État soit à un autre État, soit simplement à un Prince étranger. De ce point de vue procèdent certaines solutions concernant les causes, la conduite, la conclusion de la guerre. Grotius s'est bien rendu compte que plusieurs de ces solutions se heurtent, soit à des difficultés d'application évidentes, soit à la pratique traditionnelle des États. Aussi admet-il que l'observation du Droit naturel soit tempérée par celle du Droit des gens, c'est-à-dire par le respect des usages établis dès l'antiquité entre les Nations et auxquels il reconnaît force obligatoire.

L'universalisme de Grotius ne devait pas répugner à l'Allemagne, exempte des préjugés politiques alors dominants en France, en Belgique, et même en Hollande. Il devait en être autrement de son *a priorisme*. Chez les successeurs allemands du grand juriste hollandais, l'extension de la compétence pénale, qu'il préconise, est différemment accueillie. Mais tous, comme on va le voir, imbus des méthodes, alors prestigieuses, de Descartes, se préoccupent de lui donner un fondement logique et rationnel. Ils se refusent à l'appuyer sur la notion métaphysique d'une justice absolue, s'imposant à tous.

Un point de vue purement négatif est représenté par *Puffendorf*, le successeur immédiat de Grotius.

Puffendorf (1632-1694), professeur de droit de la nature et des gens, à Heidelberg (1661), puis, en 1670 professeur à Lund, en Suède, écrivit alors son grand traité *Juris naturæ et gentium* (1) (1672), où la part du droit international est restreinte aux deux premiers livres, et à quelques chapitres qui terminent le dernier. C'est un jurisconsulte d'esprit philosophique. Son influence sur les publicistes français du XVIII[e] siècle devait être considérable.

Sans doute, Puffendorf est regardé, après Grotius, comme un des chefs de l'*École du droit naturel*. Il dépasse la pensée de son maître, lorsqu'il nie l'existence d'un Droit des gens positif, qui serait distinct du Droit naturel. Pour lui, les coutumes qui se sont établies entre les États n'ont pas force obligatoire (2). Chaque

(1) On le citera d'après l'édition suivante : Puffendorf, *Le droit de la nature et des gens*, Lyon, 1771.

(2) Puffendorf, *op. cit.*, t. I, liv. II, chap. III, § XXIII, p. 241 : « Quoique ces sortes de coutumes paraissent renfermer quelque obligation, fondée du moins

prince peut s'abstenir de les observer, après avoir déclaré qu'il ne veut pas s'y assujettir (1). Par cette négation, Puffendorf se place à l'extrême opposé de l'École historique qui procède de Gentilis, et sera représentée plus tard par de Martens.

Mais qu'est-ce donc, pour Puffendorf, que le *Droit naturel*, seul revêtu, en tant qu'il régit les États, de la force obligatoire? Puffendorf insiste sur l'idée — par où il s'éloigne encore de Grotius — que la notion de l'honnêteté ou de la déshonnêteté morale ne se conçoit pas avant l'institution d'une Loi, œuvre d'une autorité supérieure (2). Il s'insurge contre cette assertion de Grotius que la notion du Juste et de l'Injuste s'imposait à Dieu lui-même qui ne pouvait l'établir autrement, et ne pourrait la modifier (3). Or il n'existe pas d'autorité supérieure aux États qui vivent, les uns vis-à-vis des autres, dans « l'indépendance de l'état de nature ». Si bien que pour eux le Droit naturel, vidé de son contenu moral, n'est autre chose que ce pouvoir que chacun a « de faire tout ce qu'il juge nécessaire pour sa propre conservation » (4).

sur une convention tacite, si un Prince, dans une guerre juste, manque de les observer, après avoir déclaré qu'il ne veut point s'y assujettir, pourvu qu'en prenant le parti contraire, il ne viole point le droit naturel, il ne pourra être accusé que d'une espèce d'impolitesse... ».

(1) Puffendorf, *loc. cit.* : « ... Comme ce ne sont point ici des raisons qui aient lieu généralement, elles ne sauraient constituer aucun droit universel, qui oblige tous les peuples ; d'autant plus que, dans toutes les choses qui ne sont fondées que sur un consentement tacite, chacun peut se dispenser de s'y astreindre, en déclarant expressément qu'il ne le veut point, et qu'il consent que les autres ne les observent pas non plus à son égard ».

(2) Puffendorf, *op. cit.*, t. I, liv. I, chap. II, § VI, p. 28 : « L'honnêteté et la deshonnêteté morale étant de certaines propriétés des actions humaines qui résultent de la convenance ou de la disconvenance de ces actions avec une certaine règle ou avec la Loi, et la Loi étant une ordonnance d'un supérieur par laquelle il défend ou il prescrit quelque chose, je ne vois pas comment on pourrait concevoir l'honnête ou le déshonnête, avant la loi ou l'institution du supérieur... ».

(3) Puffendorf, *loc. cit.* « On convient généralement que Dieu a créé l'homme, comme tout le reste du monde, avec une volonté souverainement libre : d'où il suit qu'il dépendait absolument de son bon plaisir de donner à l'homme, en le créant, telle nature qu'il jugeait à propos. Comment donc les actions humaines pourraient-elles avoir quelque propriété qui résultât d'une nécessité interne et absolue, indépendamment de l'institution divine, et du bon plaisir de cet Être Souverain? ». — Voir aussi t. I, liv. II, chap. III, § XIX, p. 227.

(4) Puffendorf, *op. cit.*, t. II, liv. VIII, chap. III, § IV, p. 453 : « Les maux que l'on cause à quelqu'un par droit de guerre n'étant pas proprement des peines, comme il paraîtra encore mieux par ce que nous dirons dans la suite,

Partant de là, le droit de punir qu'a l'État, dans ses rapports avec l'étranger, va se trouver singulièrement restreint.

Le pouvoir de punir est une partie du droit de commander. La peine suppose une autorité sociale qui a menacé par avance. Elle suppose une sentence juridique en vertu de laquelle elle est exécutée. Elle est infligée, non dans l'intérêt de l'offensé, mais dans celui de la collectivité tout entière. Cela est profondément différent du droit de la guerre. Par la guerre, l'État cherche uniquement à se défendre contre un danger présent, à obtenir réparation, ou à prendre des sûretés pour l'avenir (1). Lorsque certains malfaiteurs, tels que les brigands ou les corsaires, se conduisent comme des « ennemis du genre humain », il est permis à chacun d'en tirer quelque vengeance. Mais cela, dit Puffendorf, se fait par le droit de la guerre, *qui est différent du pouvoir d'infliger les peines* (2).

Ainsi, les causes légitimes de guerre sont étroitement limitées par l'idée de conservation. « Toute guerre juste se fait ou pour nous conserver et nous défendre, nous et ce qui nous appartient, contre les entreprises d'un injuste agresseur ; ou pour mettre à la raison ceux qui refusent de nous rendre ce qu'ils nous doivent en vertu d'un droit parfait ; ou enfin pour obtenir réparation du dommage ou du tort qu'ils nous ont fait, et pour avoir des sûretés, à l'abri desquelles on n'ait désormais rien à craindre de leur part » (3). Puffendorf admet, avec quelques réserves, les guerres préventives (4). Il admet aussi la légitimité de la guerre « à un souverain pour tirer satisfaction des injures que l'on a reçues de quelqu'un

il est évident que les peines humaines proprement ainsi nommées ne sauraient avoir lieu entre ceux qui vivent *dans l'indépendance de l'état de nature*; quoiqu'ils soient sujets, comme nous venons de le dire, aux maux qui suivent le péché par un effet naturel et ordinaire ».

(1) Puffendorf, *op. cit.*, t. II, liv. III, chap. III, p. 465 : « ... Tout mal que l'on fait souffrir à quelqu'un en vue d'un crime qu'il a commis n'est pas une peine proprement dite : mais seulement celui dont on avait menacé par avance, et que l'on fait souffrir au criminel en conséquence et en vertu d'une sentence juridique. Ainsi, il ne faut pas mettre au nombre des peines les maux que l'on cause à un ennemi par droit de guerre, quoiqu'ils tendent à nous procurer des sûretés pour l'avenir contre des insultes de l'offenseur ».

(2) Puffendorf, *op. cit.*, t. II, liv. VIII, chap. III, § XIII, p. 471.

(3) Puffendorf, *op, cit.*, t. II, liv. VIII, chap. VI, § III, p. 553.

(4) Puffendorf, *op. cit.*, t. II, liv. VIII, chap. VI, § V, p. 554 : « Pour dire quelque chose en particulier de la crainte que donne la puissance ou l'agrandissement d'un voisin, cette raison toute seule ne fournit un juste sujet de guerre que quand on a une certitude morale des mauvais desseins qu'il forme secrètement contre nous... ».

de ses sujets », lorsque ce prince, ayant connaissance du crime, n'a rien fait pour l'empêcher, ou lorsqu'il a donné refuge à l'offenseur (1).

Le droit de guerre est exclu, au contraire, quand la conservation de l'État n'est pas en jeu. « Il ne faut pas s'imaginer que, dans l'indépendance de l'état de nature, chacun ait toujours droit de prendre les armes pour réprimer et pour venger les injures qu'il voit faire à tout autre, par cette seule raison qu'il est de l'intérêt public qu'on ne laisse pas opprimer l'innocent et que chacun s'intéresse à ce qui regarde autrui. Car celui qui est injustement attaqué pouvant lui-même repousser la force par la force, si l'on épouse sa querelle, au lieu d'une guerre, il en naîtra deux, de sorte que par là la société humaine sera doublement troublée (2) ». — Ce don quichottisme, Puffendorf l'interdit aux États, non moins qu'aux individus. Le fait qu'une peuplade indienne se nourrit de chair humaine n'est pas une raison suffisante pour qu'on lui fasse la guerre (3). On peut cependant, par la guerre, prendre la défense d'un tiers, injustement attaqué, et qui nous appelle à son secours (4). On peut délivrer les sujets d'un autre prince, quand la tyrannie est montée à un tel point que les sujets eux-mêmes peuvent légitimement prendre les armes pour secouer le joug du tyran qui les opprime (5). Mais, dans tous ces cas, l'intervention ne se justifie que s'il existe avec l'offensé « quelque liaison particulière, qui nous autorise à traiter en ennemi un homme qui ne nous a fait à nous-mêmes aucun mal ». Ainsi apparaît-il que nous agissons alors « en son nom et non pas de notre chef (6) ».

Ce point de vue réaliste domine aussi les idées de Puffendorf sur

(1) Puffendorf, *op. cit.*, t. II, liv. VIII, chap. VI, § XII. « Il y a deux raisons principales pour lesquelles on peut déclarer la guerre à un souverain pour tirer satisfaction des injures que l'on a reçues de quelqu'un de ses sujets, tant nouveaux venus que naturels du Païs : l'une, c'est parce qu'il a souffert que l'on fit du tort à l'étranger : l'autre, parce qu'il donne retraite à l'offenseur ».

(2) Puffendorf, *op. cit.*, t. II, liv. VIII, chap. VI, § XIV, p. 564.

(3) Puffendorf, *op. cit.*, t. II, liv. VIII, chap. VI, § V, p. 556. « Je ne saurais approuver non plus ce que dit le fameux Bacon, chancelier d'Angleterre, qu'une coutume comme celle qu'ont les Américains d'immoler des hommes à leurs fausses divinités et de manger de la chair humaine, est un sujet suffisant de déclarer la guerre à de tels peuples, comme à des gens proscrits par la nature même ».

(4) Puffendorf, *op. cit.*, t. II, liv. VIII, chap. VI, § XIV, p. 566.

(5) Puffendorf, *loc. cit.*

(6) Puffendorf, *loc. cit.*

l'issue de la guerre. Elle est réglée uniquement, par le sort des armes : « On suppose la guerre également juste des deux côtés, et on se tient quitte, réciproquement, du mal qu'on s'est fait, et des dommages qu'on s'est causés les uns aux autres comme y ayant été autorisés par une convention tacite : tel est l'usage des peuples (1) ».

En droit pénal international, la doctrine de Puffendorf marque sur celle de Grotius un recul certain, puisqu'elle exclut toutes les conséquences généreuses que le grand jurisconsulte hollandais attachait à l'idée d'une société universelle entre les hommes. Quant à la forme, elle s'enveloppe trop souvent de nuages : et ce n'est pas sans quelque apparence de raison que Leibniz a pu porter sur l'auteur du traité *Juris naturæ et gentium* ce jugement sévère : *vir parum jurisconsultus et minime philosophus*. Ses conclusions, quant à l'étendue de la compétence pénale, se ramènent aux points suivants. S'inspirant de l'indépendance respective des États, il fait certainement, de la territorialité, la règle. Il admet en quelque mesure une compétence personnelle, puisqu'il reconnaît la responsabilité d'un État pour les infractions commises par ses sujets contre des États étrangers, et sanctionne cette responsabilité par la guerre; à défaut de convention formelle, il se refuse d'autre part à rendre l'extradition de l'offenseur obligatoire (2). Les solutions inspirées par « l'universalité du droit de punir » lui sont étrangères. L'intervention d'un État étranger ne lui paraît permise, en quelques hypothèses, que si elle a lieu « non de son chef, mais au nom de l'offensé ». Ce passage de Puffendorf complète la théorie de Mathæus et de Burgundus sur « la compétence déléguée » qui devait jouer un rôle important dans la doctrine allemande postérieure.

Le système de *Wolff* marque un retour vers l'idéalisme de Grotius. Mais il aboutit aussi, comme on va le voir, au double point

(1) Puffendorf, *op. cit.*, t. I, liv. V, chap. IX. — V. Le Fur, *Guerre juste et juste paix*, *Rev. gén. du dr. int. public*, 1919, p. 32.

(2) Puffendorf, *op. cit.*, t. II, liv. VIII, chap. VI, § XII : «... Si l'on est tenu de livrer un coupable qui s'est réfugié chez nous uniquement pour éviter la peine qu'il a à craindre de la part de celui qui le demande, c'est plutôt en conséquence de quelque traité particulier fait là-dessus avec un voisin, ou un allié, qu'en vertu d'une obligation commune et indispensable, à moins que celui à qui l'on donne retraite et que l'on protège ne trouve quelque chose dans notre Païs même contre l'État d'où il s'est sauvé ». Cf. Bernard, *Traité de l'Extradition*, t. I, p. 227.

de vue du rôle de la guerre comme sanction pénale, et de la répression universelle, à un résultat presque entièrement négatif.

Wolff (1679-1754), né à Breslau, admirateur de Descartes, élève et disciple de Leibniz, fut professeur à Leipzig en 1702, à Halle, en 1707. En 1721, chassé par les intrigues d'ennemis politiques des États prussiens, il se rendit dans l'Etat de Hesse-Cassel, où il enseigna les mathématiques et la philosophie à l'université de Marburg. En 1741, il fut rappelé en Prusse par Frédéric II qui lui rendit sa chaire. Son ouvrage essentiel, à notre point de vue, est le *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1), où l'exposé de la doctrine est alourdi par l'abus de la démonstration mathématique. L'unité de la doctrine apparaît mieux dans ses *Institutiones juris naturæ et gentium* (2).

Comme Grotius, et à l'opposé de Puffendorf, Wolff proclame que la distinction de l'acte juste ou injuste est antérieure à la promulgation de la loi. C'est sur la tendance naturelle de l'homme vers la perfection — ici se marque l'influence de l'optimisme leibnitzien — que repose l'appréciation de la qualité morale des actions humaines. L'action bonne est celle qui tend à la perfection de l'homme, l'action mauvaise celle qui tend à son imperfection. L'obligation naturelle est la conscience qu'éprouve le sujet des raisons pour lesquelles l'action bonne s'impose à sa volonté. La loi naturelle est la faculté qui lui appartient d'user des moyens nécessaires pour l'accomplir. La loi naturelle régit les personnes ; mais la société civile, ou l'État, consistant dans la réunion des forces des associés, doit être assimilée à une personne. Le droit naturel régit donc les États (3). Ici encore, la pensée de Wolff se rencontre parfaitement avec celle de Grotius.

Comme Grotius, et à l'opposé de Puffendorf, Wolff admet la force obligatoire du *Droit des gens positif ou volontaire*. Les usages qui se sont formés entre les individus, suivant leur consentement exprimé ou tacite, les obligent, et le chef de la société

(1) *Jus gentium, methodo scientifica pertractatum, in quo jus gentium naturale ab eo quod voluntarii, pactitii et consuetudinarii est accurate distinguitur*. Francofurti, 1764.

(2) On le citera d'après la traduction de Wolff, annotée par Luzac, publiée à Leyde en 1772.

(3) Wolff, *Institutiones*... §§ 4, 6, 9, 10, 11, 12 et suiv., 15, 35, 37, et surtout § 50 : « Puisque la loi naturelle a sa raison suffisante dans la nature même de l'homme et des choses, elle contient une obligation naturelle. Or celle-ci est immuable et nécessaire : donc la loi naturelle est immuable et nécessaire ».

civile peut infliger des sanctions pénales à ceux qui les violent (1). Entre les nations aussi, il existe des usages, et quand ces usages sont constants, ils lient, en vertu d'un pacte ou quasi-pacte, les États entre lesquels ils se sont formés (2). Ainsi, les diverses sociétés civiles doivent être regardées comme les membres d'une société plus vaste englobant tout le genre humain, et que Wolff appelle la *Civitas maxima* (3). Comme les sociétés civiles, cette société universelle aura son chef, dont les décisions, toujours inspirées par la raison la plus pure, constitueront la législation de la Grande Cité : c'est là le *Droit des gens positif ou volontaire*. Ici, la pensée de Grotius sur la communauté universelle des hommes paraît précisée et renforcée.

Mais voici la différence. Le Droit des gens de Grotius est, comme son Droit naturel, une création de l'esprit. Les usages, qu'il emprunte à l'éloignement propice de l'antiquité, servent seulement à illustrer des préceptes que sa raison lui impose, et dont il recommande l'immédiate application. Or, Wolff se rend bien compte que sa *Civitas Maxima* est un but lointain, que son Chef d'État est hypothétique; qu'en l'absence d'une organisation universelle, le principe qui régit aujourd'hui les États est celui de *leur indépendance réciproque*. Sans perdre de vue son but auquel il attache, avec une rigueur mathématique, les multiples prescriptions de sa législation idéale, le publiciste allemand, inspiré par l'expé-

(1) Wolf *Institutiones* § 846. Les lois ne sont autre chose que « les conventions des associés touchant les choses qui doivent se faire toujours de la même manière pour parvenir au but ».

(2) Wolff, *Institutiones*, § 1090. « Comme dans toute société civile, les loix civiles doivent se former des loix naturelles, et que la Loi naturelle elle-même indique comment cela se doit faire, de même aussi c'est des loix naturelles qu'il faut former les loix civiles dans *la grande société civile* (Civitas maxima), de la même manière que dans une société civile particulière quelconque, suivant la théorie que prescrit la loi naturelle. Et ce droit dérivé de la notion de la *grande société civile*, nous l'appelons d'après Grotius *Droit des gens volontaire...* »

(3) Wolff, *Institutiones*, § 1090 : « Comme les nations sont obligées de réunir leurs forces pour se perfectionner et perfectionner leur état, la nature a formé elle-même entre les nations une sorte de société, à laquelle elles sont obligées de consentir, à cause de la nécessité indispensable de l'obligation naturelle, encore que cette société paraît contractée par une quasi-convention. Cette société formée entre les nations pour leur salut commun s'appelle la *grande société civile...* » Cf. *Jus gentium, Prolegomena*, §§ 9 et 10. « Civitas, in quam gentes coivisse intelligantur, et cujus ipsae sunt membra, seu cives, vocatur *Civitas maxima* ».

rience, apporte à sa Loi les amendements qu'impose l'absence actuelle d'une autorité supra-nationale. Cette dualité de points de vue explique son attitude à l'égard de la guerre, envisagée comme sanction pénale.

Les préceptes du Droit des gens nécessaire, et les usages aujourd'hui constants ont besoin d'être sanctionnés pénalement. Cette sanction consiste dans les mesures de rétorsion (1), les représailles, que Wolff appelle *androlepsie*, lorsqu'elles ont pour objet les personnes (2), et enfin la guerre (3).

Donc, la guerre ne se justifie pas par la seule idée de conservation. Wolff condamne les guerres préventives, celles qui n'ont d'autre objet que de maintenir l'équilibre politique entre les nations (4). La guerre a un but moral, qui est la répression de l'injustice. Mais ici, *l'indépendance respective des Etats* impose à notre auteur des restrictions. Il n'admet pas qu'un gouvernement intervienne contre un souverain étranger qui se montre cruel, tyrannique envers ses sujets : tout au plus se permettra-t-il de lui adresser des remontrances (5). Il n'admet pas non plus que la guerre soit faite afin de punir une nation qui pécherait contre Dieu, ou ferait profession d'athéisme, de déisme ou d'idolâtrie (6).

Il existe donc des guerres justes ou injustes. *Théoriquement*, la différence est fondamentale, quant à la conduite de la guerre. Comme l'a dit Grotius, de la part de celui qui fait une guerre injuste, tout est illicite. Au contraire, celui qui fait une guerre juste, s'il se borne aux actes commandés par son but, s'il respecte la population inoffensive, peut tout se permettre : l'espionnage,

(1) Wolff, *Institutiones*, § 1161 et *Jus Gentium*, § 584.

(2) Wolff, *Institutiones*, §§ 1163 et suiv. ; *Jus Gentium*, §§ 583-595, en particulier, § 592 : *Androlepsia*, sive *viricapio* dicitur captura civium gentis, quæ nobis vel civibus nostris jus denegat, pignorationis loco ».

(3) Wolff, *Institutiones*, §§ 156 et 1160.

(4) Wolff, *Institutiones*, § 1172 ; *Jus Gentium*, §§ 640, 642-644.

(5) Wolff, *Institutiones*. §§ 1121-1123 : « Si un prince charge trop ses sujets, ou les traite trop durement, un autre prince ne peut pas s'y opposer par la force. Cependant, comme toute nation doit avancer autant qu'elle peut la perfection d'une autre, il est permis d'intercéder pour eux ». — *Jus Gentium*, § 255 et suiv.

(6) Wolff, *Jus Gentium*, §§ 637 et 638 : « Quoniam bellum punitivum licitum non est nisi ei, qui injuriam irreparabilem ab alio accepit, bellum punitivum non est in Gentem propterea quod sceleratissima est, seu jus naturæ immaniter violat, aut in Deum delinquit ».

l'assassinat, l'empoisonnement (1). Mais *en fait, à défaut d'une autorité commune*, comment distinguer l'auteur d'une guerre juste ou injuste ? Donc, dans le Droit des gens positif ou volontaire, la guerre sera réputée juste des deux côtés, et chacun des belligérants jouira des droits reconnus, en droit naturel, à l'auteur d'une guerre juste (2).

Théoriquement, la guerre doit aboutir à une *sanction*. Le traité de paix contiendra une sentence sur la justice de la cause débattue, et le vainqueur sera indemnisé de tous les dommages qu'il a subis. Mais en pratique, une mise en balance aussi précise des droits et des torts réciproques est impossible. On ne se prononcera pas sur la justice de la cause; on procédera par concessions mutuelles, fondées sur des raisons de convenances, non sur des raisons de droit; on pratiquera l'oubli des injures qui ont déterminé la guerre. En fait, le traité de paix contiendra une *transaction* et une *amnistie* (3).

La Doctrine de Wolff, bien que procédant d'une conception de la loi naturelle aussi largement idéaliste et humaine que celle de Grotius, conduit, sur le rôle pénal de la guerre, à des solutions aussi négatives que celles de Puffendorf. Entre les prémisses et la conclusion s'est interposé un principe dont l'observation des faits actuels a révélé à l'auteur le rôle essentiel dans les relations internationales : celui de *l'indépendance respective des Etats*. A ce principe, toutefois, il n'a pas attaché une valeur exclusive. Sur d'autres questions, il a fait à l'idée opposée d'une communauté d'intérêts entre les peuples, et, par suite, d'une interpénétration

(1) Wolff, *Institutiones*, §§ 1192, 1207 ; *Jus Gentium*, §§ 877, 878, 882, 884.

(2) Wolff, *Institutiones*, § 1215 : «... Il faut que la guerre soit regardée des deux côtés comme juste, par rapport à ses effets, c'est-à-dire que chacun use des mêmes droits, et par conséquent encore il faut s'en remettre à la conscience de chacun sur ce qui lui paraît nécessaire pour obtenir son droit. Et c'est en cela que consiste le droit volontaire des gens dans la guerre ». — *Jus Gentium*, §§ 885, 888, 889 et 890 : « Quoniam jure Gentium voluntario quood effectus bellum utrinque habendum pro justo, quod jure in bello uni licitum, id etiam licitum est alteri belligerantium parti ».

(3) Wolff, *Institutiones*, § 1211 : *Jus Gentium*, §§ 986, 988, 989, 990 : « Quoniam in pactione pacis neutra pars alteram injuriarum damnat, nec pace facta propter eam causam ob quam bellum gestum est, denuo bellum suscipi potest, consequenter bellum et quicquid in eo factum est in perpetuam oblivionem et immortale silentium adducitur, injuriarum vero et offensionum antea illatarum in sempiternum sancita oblivio amnestia est; in pactione pacis de amnestia primo omnium loco conveniendum, eaque omni pactioni pacis per se inest, etiamsi non conveniatur ».

des souverainetés, certaines concessions dont la hardiesse surprend.

Wolff admet sans doute, à raison de l'indépendance respective des peuples, que l'individu étranger qui pénètre sur le territoire d'un État se soumet, *ipso facto*, à sa souveraineté. L'État territorial lui fera donc l'application de ses lois pénales ou civiles (1). Mais son pouvoir, vis-à-vis de l'étranger, comporte les restrictions suivantes.

L'État ne peut refuser aux étrangers l'accès de son territoire. Il leur permettra d'y séjourner pour un motif légitime, commercial, intellectuel ou autre (2). C'est ce que Wolff appelle « le droit à l'usage non nuisible des choses qui sont dans le domaine d'un autre (3) ». Les intérêts de l'étranger sont satisfaits, sans qu'il en résulte aucune lésion de celui du Maître, qui est seul juge, d'ailleurs, du caractère nuisible ou non nuisible de l'usage.

Partant de la même idée, Wolff admet l'obligation, pour les États neutres, de subir le passage des troupes belligérantes, lorsqu'il n'est pas susceptible de leur nuire (4).

Il déclare enfin que l'étranger, bien que soumis à la souveraineté

(1) Wolff, *Institutiones*, §§ 1131 et 1132. « Puisque tant que les étrangers sont dans le territoire d'autrui, ils sont soumis aux lois du pays, s'ils commettent quelque delict dans le territoire d'autrui, ils doivent être punis selon les lois du pays; et s'il nait quelques différends entre eux et les citoyens, ou aussi entre deux étrangers, ils doivent être décidés selon les lois du pays, par les juges du pays ». — *Jus Gentium*, §§ 295-304 : « Peregrini, quamdiu in territorio alieno versantur, aut commorantur, sunt cives temporarii. Quando enim in territorium alienum ingrediuntur, tacite sese obligant, quod actus suos legibus loci subjicere velint, et legum in eos eadem vis est, quæ in cives. Cum a Domini territorii voluntate unice dependeat, sub qua lege accessum peregrinis permittere velit, leges quoque ferre potest, quæ solos peregrinos tenent. Quamobrem, cum leges civiles non obligent nisi membra ejus civitatis, in qua feruntur, peregrini, quamdiu in territorio alieno versantur, vel commorantur, spectandi sunt tanquam membra ejus civitatis, cujus est territorium; consequenter, cum membra civitatis cives sint, peregrini, quamdiu in territorio alieno versantur, aut commorantur, sunt cives temporarii ».

(2) Wolff, *Jus Gentium*, §§ 343-357 ; *Institutiones*, § 1131 : « En vertu du droit d'utilité non nuisible resté de la communauté primitive, il faut accorder aux étrangers et à leurs marchandises le passage par les terres et les rivières soumises à notre domaine, il faut aussi permettre aux étrangers d'y séjourner pour des causes légitimes ».

(3) Wolff, *Institutiones*, §§ 310 et 311.

(4) Wolff, *Institutiones*, § 1182 ; *Jus Gentium*, § 686 : « Gens una copiis militaribus Gentis alterius transitum innocuum permittere debet ».

territoriale, reste citoyen de son pays d'origine (1). Il dépend donc, dans une certaine mesure, de sa souveraineté personnelle. S'il commet un délit envers l'un de ses compatriotes, il devra en répondre à son retour dans son pays. S'il meurt, ses héritiers viendront en concours suivant l'ordre prescrit par sa loi personnelle (2). Cette loi régira aussi les formes de son testament, mais avec la réserve suivante : « Comme une nation est obligée à reconnaître la juridiction d'une autre nation, un testament est valable comme judiciaire s'il a été déposé au tribunal du lieu où il a été fait » (3). C'est proclamer l'effet international des droits acquis. Par la hardiesse de ses solutions sur le conflit des lois civiles, Wolff devance les internationalistes de son temps.

En limitant l'application de son principe, l'indépendance respective des États, par l'admission d'un partage des souverainetés fondé sur la conciliation des intérêts, Wolff a ouvert une voie nouvelle, où il allait être dépassé par son disciple et admirateur, *Vattel*.

Emer de Vattel (1714-1767), né à Bouvet, dans la principauté de Neufchâtel dépendante de la Prusse, étudia à Bâle et à Genève, où la lecture des ouvrages de Leibniz et de Wolff décida de sa vocation. En 1742, il alla à Berlin, offrir ses services à Frédéric II. A défaut de poste vacant dans cette ville, il se rendit à Dresde, auprès de l'électeur de Saxe, qui lui donna le titre de conseiller d'ambassade en 1746, et, en 1749, l'accrédita comme ministre à Berne. C'est là qu'il écrivit la plupart de ses ouvrages, surtout son *Traité de droit des gens* (4) (1758). Rappelé par Auguste III de Saxe, allié à Marie-Thérèse contre Frédéric II, il prit avec succès la direction des

(1) Wolff, *Jus Gentium*, § 324 : « Peregrini in territorio alieno versantes, vel commorantes, manent cives, seu subditi, Gentis suæ ».

(2) Wolff, *Institutiones*, § 1138 : « Puisqu'un étranger qui passe ou qui séjourne dans le territoire d'autrui demeure citoyen de sa nation, s'il y meurt, il a pour héritier celui qui doit lui succéder selon les lois de sa patrie »; *Jus Gentium*, §§ 327 et suiv.

(3) Wolff, *Institutiones*, § 1137 : « Comme un étranger qui passe ou qui séjourne dans le territoire d'autrui ne change pas pour cela de domicile, il demeure citoyen de sa nation; par conséquent, s'il fait une injure à son concitoyen, ou qu'il lui cause du dommage, il peut, à son retour dans son pays, être puni et contraint à réparer le dommage, et, s'il fait un testament, il doit le faire suivant les lois du lieu de son domicile » (La fin du paragraphe est citée au texte). — *Jus Gentium*, § 326.

(4) On le citera d'après l'édition suivante : *Le droit des gens* ou *Principes de la loi naturelle* appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains. Nouvelle édition précédée d'un *Discours* de J. Mackintosh, sur *le Droit de la nature et des gens*, traduit de l'anglais par Royer-Collard.

affaires extérieures, publia encore, en 1762, un opuscule philosophique (*Questions de droit naturel*), et mourut à Neufchâtel. Sa vie avait été celle d'un diplomate et d'un publiciste.

Comme l'œuvre de Wolff, celle de Vattel renferme un contraste : mais dont les termes sont opposés. D'un point de départ réaliste, il aboutit à un interventionnisme comparable à celui de Grotius.

Sous l'inspiration, comme Wolff, de l'optimisme Leibnitzien, Vattel donne aussi pour base au Droit naturel la tendance de l'homme à la perfection. Mais il ajoute une considération utilitaire. C'est parce que la société naturelle lui est *nécessaire* que chaque homme est obligé, pour son propre *intérêt*, d'observer ses lois. Le Droit naturel s'applique aussi dans les rapports entre les nations : c'est le Droit des gens naturel ou nécessaire (1).

Quant au Droit des gens positif ou volontaire, Vattel écarte comme inutile, comme incompatible d'ailleurs avec la règle fondamentale de l'indépendance respective des États, la fiction d'une *civitas maxima*. Les États sont des particuliers libres, qui vivent ensemble dans l'état de nature. Cette liberté rendra nécessaire, en beaucoup d'occasions « que les nations souffrent certaines choses, bien qu'injustes et condamnables en elles-mêmes, parce qu'elles ne pourraient s'y opposer par la force sans violer la liberté de quelqu'un et sans détruire les fondements de leur *Société* » (2).

Mais comme, en dépit de cette indépendance, et en l'absence d'une autorité suprême, les États forment une *Société*, ils ont des intérêts qui divergent, qui se heurtent, et entre lesquels il faut établir un *équilibre*. Tel est le but du Droit des gens volontaire que Vattel présente comme une loi positive, issue du consentement tacite ou présumé des nations (3). Moins internationaliste et théoricien que diplomate et politique, il va pousser très loin les applications de cette idée.

Il admet, comme ses prédécesseurs, que l'État est libre, sur son territoire, de soumettre l'étranger à ses lois (4). Toutefois, pour ce

(1) V. l'*Essai sur le fondement du droit naturel*, placé en tête de l'édition du *Droit des gens* de 1863 (Pradier-Fodéré).

(2) *Essai sur le fondement du droit naturel*, §§ 15 et suiv.

(3) Vattel. *Le droit des gens. Préliminaires*, §§ 11 et suiv., liv. III, chap. III, §§ 47 et suiv.

(4) Vattel, *op. cit.*, liv. II, chap. VIII, § 101 : « Dans les pays même où tout étranger entre librement, le souverain est supposé ne lui donner accès que sous cette condition tacite qu'il sera soumis aux lois, j'entends aux lois générales, faites pour maintenir le bon ordre, et qui ne se rapportent pas à la

qui n'est pas le maintien de l'ordre, l'étranger est régi par sa loi personnelle, et relève du tribunal de son domicile. L'Etat territorial ne peut ni interdire à l'étranger la résidence, ni le retenir arbitrairement, même en cas de guerre (1). Enfin Vattel admet, en vertu de l'*état de nécessité*, d'importantes et surprenantes exceptions à l'inviolabilité du territoire (2).

L'État doit défendre ses intérêts contre les attaques venues du dehors. Si l'un de ses ressortissants est victime d'une offense, il peut demander au souverain de l'offenseur de le juger lui-même ou de le livrer (3). Si le souverain étranger a manifestement toléré ou approuvé l'acte de son sujet, ou s'il refuse satisfaction, cette satisfaction sera exigée par les moyens violents : mesures de rétorsion, représailles (4); enfin par la guerre, qui est « cet état dans lequel on poursuit son droit par la force ».

Mais la guerre n'est pas seulement le fait, par un Etat, de pourvoir à sa sûreté *présente*, ou même *future*, en prenant l'offensive contre un voisin dangereux. Elle peut avoir pour objet la défense d'*intérêts communs* à un grand nombre d'États (5). Vattel admet qu'au cas d'injustice d'une puissance ambitieuse, toutes les nations se joignent à l'offensé; que, pour maintenir l'équilibre politique, les armes soient prises contre un État trop fort, même s'il est exempt de toute injustice (6), qu'enfin l'on se coalise pour châtier un peuple qui viole délibérément les lois de la société naturelle (7), qui « méprise ouvertement la justice » (8). Il existe donc une par-

qualité de citoyen ou de sujet de l'État ».... § 102 : « En vertu de cette soumission, les étrangers qui tombent en faute doivent être punis suivant les lois du pays. Le but de la peine est de faire respecter les lois, et de maintenir l'ordre et la sûreté ».

(1) Vattel, *op. cit.*, liv. II, chap. VIII, § 108.

(2) Ainsi, le droit de pénétrer sur un territoire, contre la volonté de son propriétaire, lorsqu'on y est contraint par une nécessité absolue, le droit de se procurer des vivres par la force, le droit d'enlever des femmes (Vattel, *op. cit.*, liv. III, chap. IX, §§ 122 et suiv.).

(3) Vattel, *op. cit.*, liv. II, chap. VI, §§ 75 à 77.

(4) Vattel, *op. cit.*, liv. II, chap. XVIII, §§ 342 et suiv.

(5) Pour Vattel, comme pour Grotius, le droit de punir a pour origine le droit de défense individuelle, cédé et transporté à la société (Vattel, *op. cit.*, liv. I, chap. XIII, § 169) : « Quand les hommes s'unissent en société, comme la société est désormais chargée de pourvoir à la sûreté de ses membres, tous se dépouillent en sa faveur de leur droit de punir. C'est donc à elle de venger les injures particulières, en protégeant les citoyens ».

(6) Vattel, *op. cit.*, liv. III, chap. III, §§ 43-47.

(7) Vattel, *op. cit. Préliminaires*, §§ 22 et 23.

(8) Vattel, *op. cit.*, liv. II, chap. IV, §§ 53 et 70.

faite identité de but entre la guerre et la peine, l'une et l'autre étant la sanction d'un *intérêt social.* « Voilà, dit Vattel, d'où vient le droit de Glaive qui appartient à une nation, ou à son conducteur. Quand elle en use contre une autre nation, elle fait la guerre; lorsqu'elle s'en sert à punir un particulier, elle exerce la justice vindicative (1) ».

Reconnaissant le rôle de la guerre, comme sanction pénale, Vattel admet aussi la distinction des guerres justes ou injustes, et ses conséquences, au double point de vue de la conduite et de la fin des hostilités. Sous l'influence des tendances humanitaires de son temps, il limite, plus que ne l'avaient fait Grotius et Wolff, les procédés permis à l'auteur d'une guerre juste. Il condamne l'assassinat et l'empoisonnement qu'il regarde comme exécrables (2). Il estime que le traité de paix doit prescrire réparation intégrale des dommages causés par celui dont la cause est injuste, et, si le mal est irréparable, édicter une peine. Sous cette réserve, il estime que, par sa nature même, le traité de paix est réputé contenir *amnistie* à l'égard des griefs antérieurs qu'il ne mentionne pas (3).

C'est la nécessité *d'une protection universelle* qui justifie la coalition des États pour châtier une nation « qui méprise ouvertement la justice (4) ». L'individu qui, par sa conduite, lèse les intérêts et viole les droits de l'humanité doit être aussi l'objet d'une répression universelle.

Vattel admet bien, en principe, que l'homme qui a quitté volontairement le pays où il est né, ou qui en a été banni, et qui, de toute façon, a cessé d'adhérer au pacte social qui le liait, ne peut être recherché dans l'État de refuge pour ses délits antérieurs : « car la nature ne donne aux hommes et aux nations le droit de punir que pour leur défense et leur sûreté (5) ». Mais précisément il faut excepter de ce bénéfice les malfaiteurs qui compromettent la sûreté du genre humain : les empoisonneurs, les assassins, les incendiaires de profession (6). Dans un autre passage, Vattel semble étendre cette catégorie à tous les auteurs d'infractions à la loi pénale (7). L'extradition sera donc obligatoire au profit du

(1) Vattel, *op. cit.*, liv. I, chap. XIII, § 169.
(2) Vattel, *op. cit.*, liv. III, chap. VIII, § 155.
(3) Vattel, *op. cit.*, liv. IV, chap. II.
(4) Vattel, *op. cit.*, liv. II, chap. V, § 70.
(5) Vattel, *op. cit.*, liv. I, chap. XIX, § 232.
(6) Vattel, *op. cit.*, liv. I, chap. XIX, § 232.
(7) Vattel, *op. cit.*, liv. II, §§ 76 et 77.

pays où le crime a eu lieu et qui réclame l'auteur pour le châtier « comme étant celui qui est principalement intéressé à le punir exemplairement (1) ». S'il refuse l'extradition, l'État de refuge devra assurer lui-même la répression.

Vattel associe donc ces deux idées : l'une, que la répression intéresse l'universalité des États ; l'autre, qu'il existe cependant un État dont la compétence est préférable, parce que son intérêt est principalement en jeu. Il suit de là que la sentence émanant de l'État qui a *le haut domaine*, *l'empire*, c'est-à-dire dont la compétence est supérieure, doit être respectée partout (2). Vattel n'impose aucune condition ni restriction à l'exécution des jugements à l'étranger (3).

On voit de quelle revision minutieuse les principes dégagés par Grotius, quant à l'étendue de la compétence pénale, ont été l'objet. A travers la variété des points de vue représentés par Puffendorf, par Wolff et par Vattel, ce qui émerge, c'est : d'une part, la nécessité de substituer à l'a-priorisme métaphysique du juriste hollandais l'observation attentive des relations modernes entre les États ; c'est, d'autre part, le triomphe final de ses affirmations quant à la solidarité de tous les hommes dans la lutte contre le crime. — Parallèlement au mouvement philosophique procédant de Grotius, dans l'Allemagne du XVIIe siècle, un travail scientifique ayant pour base le système de Bartole se poursuivait. Comme on va le voir, il devait bénéficier, dans une large mesure, de l'effort des publicistes.

SECTION II.

Les successeurs de Bartole.

SOMMAIRE. — Persistance, en Allemagne, de la tradition féodale : prédominance de la procédure accusatoire : compétence principale du *judex domicilii*. — Les auteurs. — Originalité et caractères fondamentaux de leur doctrine. — 1° *Compétence judiciaire*. — Compétence concurrente du *judex domicilii*, du *judex delicti*, du *judex deprehensionis*. — 2° *Compétence législative*. — Le principe est l'application de la *lex loci*, quel que soit le juge saisi de l'affaire. — Application exceptionnelle de la loi personnelle, fondée sur l'idée de

(1) Vattel, *op. cit.*, liv. I, chap. XIX, § 233. Cf. Bernard, *Traité de l'extradition*, t. I, p. 376.

(2) Vattel, *op. cit.*, liv. II, chap. VII, *Des effets du domaine entre les Nations*.

(3) Vattel, *op. cit.*, liv. II, § 85.

fraude, sur l'intérêt de l'État, ou surtout, sur des considérations relatives au but de la loi. — Application de la *lex loci* par le *judex deprehensionis.* — 3° Effets internationaux des sentences pénales. — Autorité négative de la chose jugée par le *judex delicti.* — Distinction des incapacités générales et des incapacités particulières. — Exécution forcée.

L'œuvre d'unification monarchique qui atteignit sa perfection en France au XVIIe siècle ne s'était pas réalisée en Allemagne. Charles-Quint et ses successeurs régnaient sur des principautés d'importance diverse, mi-souveraines et autonomes. La conséquence de cette situation, au point de vue du développement juridique, fut la persistance, beaucoup plus longue, des conceptions du Moyen âge. Un premier indice, qu'on a relevé plus haut, est le caractère prépondérant de la procédure accusatoire. Un autre indice, non moins caractéristique, est la compétence, toujours attribuée à titre principal, même en matière criminelle, au *tribunal du domicile.* D'après le Miroir de Saxe, l'agent est justiciable du tribunal du lieu où il habite, ou possède des biens (1). L'application au délinquant de sa loi personnelle est consacrée par le Miroir de Saxe (2), et plus nettement encore, par le statut de Görlitz (3). Du XIIIe au XIVe siècle, d'innombrables statuts des villes posent le principe que l'inculpé, quel que soit le lieu de commission du délit, doit être traduit devant le juge de son domicile (4). Quand l'offensé est étranger, il arrive, sous l'influence du sentiment nationaliste qui inspira souvent, à la même époque, les statuts des cités italiennes, qu'une justice impartiale lui soit refusée (5). Quand

(1) *Sachsenspiegel*, III, 25, § 2 : « Wo er inne gesezzen ist ». — Cf. Kohler, *Internationales Strafrecht*, Stuttgard, 1917, p. 9, p. 39.

(2) *Sachsenspiegel*, III, 33, 2 et III, 71, 2. Le tribunal du Roi juge d'après la loi personnelle; les autres juridictions d'après leur droit propre. — Cf. Kohler, *op. cit.*, p. 43.

(3) *Görlitzer Recht*, 39, 5 : « Vor deme kunige sol ein jegelich man sinis landis recht ime behaldin; vor eime iegelicheme vorstin odir vor eime andirn richttare muz er antwortin nach lantrechte, da er danne inne is ».

(4) Cf. Martitz, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, t. I, Leipzig, 1888, qui observe (p. 148) qu'au Moyen âge la compétence du *forum domicilii* est un élément essentiel des libertés communales.

(5) Ainsi à *Berne* (1218) art. 36 : « Si vero civis extra urbem ab extraneo fuerit agitatus aut vulneratus, et hoc judici et concivibus suis prius indicaverit et conquestus fuerit : si ille insuper civitatem intraverit, et lesus burgensis eum ceperit vel occiderit, non tenetur hoc judici emendare ». — A *Memmingen* : « 1. Frevelt der Burger gegen den Gast, so hat er nuhr Busse zu zahlen, mitunter ist er straflos. 2. Frevelt der Gast gegen den Bürger, so büsst er doppelt. »

l'offenseur et l'offensé sont des citoyens, le procès se déroule devant le juge de la cité. Il est jugé de la même manière que si l'infraction avait été commise sur le territoire de la cité; tel est le droit de Fribourg (1), de Berne (2), de Schlettstadt (3), d'Uberlingen (4), de Lübeck (5). La paix de Westphalie, n'ayant pu qu'affaiblir le pouvoir des Empereurs, ne restreignit en rien les autonomies locales. Devant la défaillance du pouvoir politique, l'œuvre de réaction contre les influences féodales devait émaner des juristes imbus de l'esprit du droit romain qui, en l'absence d'une législation unitaire, restait le droit commun de l'Empire (6).

On se bornera à nommer les principaux de ceux que les problèmes de compétence criminelle ont attirés : *Carpzow* (1595-1666), l'une des plus riches personnalités du XVIIe siècle, criminaliste, auteur des plus véhémentes attaques contre la Caroline, qu'il critique dans un esprit libéral; son principal ouvrage est sa *Practica nova rerum criminalium; — David Mevius* († 1670), auteur d'un commentaire du statut de Lübeck, revisé en 1586 (7), et d'un Recueil des décisions commentées du tribunal supérieur de Weimar, dont il fut président (8); il est encore fermement attaché à la

(1) *Freiburger Stadtrecht*, a. 24 : « Si vero inimici urbem exierint et se invicem depilaverint vel percusserint vel alter alterum ceciderit, si convinci potest idoneis testibus, eadem pœna, ac si in civitate contigisset, puniatur ».

(2) *Bern.*, 1218, a. 35. « Si vero inimici prius urbem egressi invicem depilaverint, percusserint, aut vulneraverint seu occiderint, eamdem pœnam sustineant, quam meruissent, si in civitate factum fuisset ».

(2) *Schlettstadt* (1292). « Si vero duo cives vel seldener amici civitatem exierint et inter se altercaverint et sine concordia separati fuerint, si postea, antequam in civitatem reversi fuerint, alter in alterum maligne insultum fecerit et percusserit, eadem pœna, ac si in civitate factum fuerit, puniatur ».

(4) *Uberlingen* (du XIIIe au XVe siècle), § 7 : « Ist dehaine unser burger des andern vigent, swa der burger den sinen vient ze tode sleht oder wundet oder sussint sleht oder ubel handilt, der sol de unzuht buzen, *als ob ers in der statt hetti getan* ».

(5) Statut de *Lubeck* dans ses rédactions successives, jusqu'à la revision de 1586 : « Chlaget oder verwundet ein Bürger den andern auch in frömden Gerichten, so mag der verwundete oder geschlagene den andern gleichwohl vor unsern Gerichten beklagen, und sol die that gestrafft werden, als wenn sie in der Stadt geschehen were ».

(6) C'est depuis le XVIe siècle que la valeur du droit romano-canonique comme droit commun positif s'est définitivement établie en Allemagne. — V. Regelsberger, *Pandekten*, t. I, p. 9.

(7) *Commentarii in jus Lubecense* libri quinque a Davide Mevio jurisconsulto. Francofurti ad Mœnum, 1664.

(8) Davidis Mœvii jurisconsulti et vicepræsidis in supremo tribunali wismariensi dum viveret longe celeberrimi *decisiones* super causis præcipuis ad prædictum tribunal regium delatis. Francofurti ad Mœnum, 1740.

compétence du *forum domicilii*; — *Caspar Ziegler* (1621-1690) auteur d'un écrit « *De judicum officio vel delictis tractatus moralis* », qui soulève quelques problèmes relatifs à la compétence du *forum deprehensionis* (1); — *Henricus de Cocceji* (1644-1719) dont le rôle fut capital; auteur d'un Commentaire de Grotius, où il se montre favorable aux idées du juriste hollandais sur la répression universelle (2), mais aussi d'une dissertation « *De fundata in territorio et plurium locorum concurrente potestate* », extraite de ses « *Exercitationes curiosæ* (*Longoviæ*) » où les questions de compétence judiciaire et législative sont l'objet d'une pénétrante analyse (3); — *Samuel Cocceji* (1679-1753) fils du précédent, dont il s'est borné à résumer l'œuvre, sans lui guère ajouter d'aperçus nouveaux (4); — *Hertius* (1652-1710), auteur d'un « *De selectis et rarioribus ex jurisprudentia universali argumentis* (5) », qui envisage quelques « *casus insignes* »; — *Bœhmer* (1715-1797) (*Electa juris civilis Exercitatio*); — *Meister* (*Einleitung zur peinlichen Rechtsgelehrsamkeit*) (1764) et *Leyser* (*Meditationes ad Pandectas*, 1717, 1774) qui, réagissant contre l'importance attachée par leurs prédécesseurs soit au *forum domicilii*, soit au *forum deprehensionis*, ouvriront, par leur nette affirmation de la compétence territoriale, une nouvelle période du droit allemand.

Les dissertations de ces auteurs procèdent des docteurs de l'école italienne, et notamment de Bartole; ce sont leurs modèles, constamment cités. A l'origine des solutions qu'ils proposent, il y a donc toujours le droit romain (6). Mais, depuis les postglossateurs, les procédés d'interprétation scientifique que rappellent les noms de Cujas et de Doneau ont renouvelé l'étude des textes romains. Ils en ont rétabli la portée véritable, souvent étrangère aux controverses où les préjugés de l'époque prébartolienne et les abus de la méthode scholastique les ont mêlés. En tête de sa dissertation « *de fundata in territorio et plurium locorum concurrente potes-*

(1) Ziegler, *De judicum officio vel delictis tractatus moralis*, 4e éd., 1754.

(2) Henrici de Cocceji, *Commentarius* ad Hug. Grotii lib. II, cap. XX, § XL, ad § XL.

(3) Henrici de Cocceji, sacr. reg. Maj. borussicæ quondam consiliarii intimi... *Exercitationum curiosarum* volumen primum, in quibus præcipua juris gentium capita explicantur... Longoviæ, 1722.

(4) Samuelis de Cocceji, *Jus civile controversum ubi illustriores juris controversiæ breviter et succincte deciduntur*, Francofurti et Lipsiæ, 1753.

(5) Hertius, *De Selectis et rarioribus ex jurisprudentia universali argumentis* tomi tres, Francofurti, 1700. — Contemporain de Huber et de Paul Voet, Hertius a eu le mérite de signaler en termes frappants l'insuffisance de la notion de *comitas* comme base d'une théorie du conflit des lois. V. Lainé, *Introduction*, t. II (1892), p. 108.

(6) Pour l'histoire de la pénétration du droit romain en Allemagne, voir Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I (1888), p. 34, et surtout Regelsberger, *Pandekten*, t. I, p. 3 et suiv.

tate », H. de Cocceji a soin de signaler que les conflits de compétence dont il est question au Digeste et au Code s'élèvent entre tribunaux d'un même Empire. Ils sont régis par l'application d'un droit unique. Cette double circonstance ne doit pas être perdue de vue, lorsqu'on veut fonder sur l'exégèse des Pandectes la solution des conflits entre les statuts d'États différents (1). Le texte fameux C. III, 15. 1 reprend définitivement son sens authentique, autrefois signalé par Placentin, méconnu par Azo, rétabli par Doneau et par Cujas (2) ; c'est la compétence du *forum deprehensionis* qu'il consacre, et non pas celle du *forum domicilii* (3). Débarrassés du fatras des citations inutiles ou fausses, et du joug de la *communis opinio*, les internationalistes allemands aux XVII[e] et XVIII[e] siècles se laisseront guider, comme avait fait en réalité Bartole, par la justice et par la raison.

(1) Henrici de Cocceji, *Exercitationum curiosarum volumen primum.* Disputatio LIV *de fundata in territorio et plurium locorum concurrente potestate.* « Sane certo juris romani loco adscripta hæc causa non fuit; omnia vero ejus capita tantum abest definita in eo ut fuerint, ut ne tractata quidem.... Quam ob rem autem de hac causa tam parce adeo jura tractaverint, ratio hæc est, quod tunc totum Imperium uno fere jure Romano regeretur, et nulla, nisi civilis jurisdictio de causis modicis municipiis concessa esset... Hæc ergo non jure municipali, sed solo civili definiebantur; ut quibus proinde statuta locorum colludere non potuerunt ».

(2) V. plus haut, p. 106, 107, 222. On doit signaler cependant l'interprétation différente et originale de Ziegler (*De judicum officio*, concl. XV, § 36), pour qui le *judex deprehensionis* n'est compétent, aux termes de C. III. 15, 1, que s'il est, en même temps, le *judex delicti.*

(3) Henricus de Cocceji, s'il interprète exactement le texte fondamental C. III. 15. 1, donne en revanche une idée fausse du droit romain, lorsqu'il exclut, sans formuler d'exception, et sans distinguer suivant les époques, la compétence pénale du *judex domicilii* : *Exercitationum curiosarum volumen primum*, tit. IV, *De potestate territoriorum circa eamdem causam vel personam concurrentium et in specie de foro competenti*, n. 9 : « De delictis quoque an jure civili in foro domicilii agi possit, si reus alibi deliquerit, uti hodie posse diximus ambiguum videtur. Et sane nullus subit juris locus, quo domicilii forum in delictis alibi commissis fundetur : sed ex contrario manifeste in l. 1 princ. et § 4 ff. *de Offic. præsid. urb.* (D. I. 12, Ulpien, 1, 4) dicitur præfectum urbis non posse ullum crimen vindicare, quod extra urbem et ultra centesimum ab ea lapidem admissum fuit. Non potuit igitur civis Romanus qui deliquit extra hunc terminum coram judice originis seu domicilii sc. Præfecto urbis conveniri. Idemque ostendit l. 1 C. *ubi Senat.* (C. III, 24. 1) et l. 1 C. *ubi de crim.* (C. III, 15. 1) quæ diligenter loca, ubi reus ob crimen conveniri potest, recenset : nimirum locum et inchoati et perfecti criminis, et ubi reus reperitur, nulla mentione domicilii facta ». V. ci-dessus, sur la compétence du préfet de la ville, p. 61, note 4. Sur les textes cités, p. 66, sur le *forum domicilii*, p. 46, 60, 65.

Ils comprennent que le *problème de compétence judiciaire*, en matière pénale, est de même nature, et doit se régler par l'application de principes analogues, qu'il s'élève entre les juridictions d'un seul État, ou se pose entre tribunaux d'États différents. Sans doute, dans les deux cas, les solutions ne peuvent être toujours identiques; comme l'ont observé avec raison Carpzow (1) et Mevius (2), la *remissio* qui est usuelle entre juges soumis à un souverain unique sera moins facilement accordée à des juges étrangers; ainsi le *judex domicilii* qui se dessaisirait volontiers au profit du *judex delicti* s'abstiendra de le faire, si ce dernier est soumis à un autre souverain. Böhmer et Meister observent en sens inverse que l'exercice d'un *droit de prévention*, usuel entre juges d'un même Empire, peut, dans les rapports entre des souverains jaloux de leur autorité, être une cause de friction (3). Mais, ces réserves faites, les auteurs allemands comprennent que leurs règles de compétence, fondées sur la raison, ont une valeur absolue. La communauté que crée, entre les membres du Saint-Empire romain germanique, l'obéissance à une autorité supérieure unique, la participation à un droit semblable, impose l'application de ces règles entre les États allemands (4). Quant aux rapports avec les sujets des autres États, les auteurs ne semblent pas avoir songé à proposer des solutions différentes.

Par contre, *la diversité du problème de compétence judiciaire, et du problème de compétence législative* est apparue, non moins clairement, aux juristes allemands. L'idée que la seconde est commandée par la première, que le juge saisi, en matière pénale, ne peut songer à appliquer que *sa loi*, est l'effet d'une théorie politique. Elle est propre aux États centralisés, autoritaires : aussi l'a-t-on vu triompher sans conteste en France, et dominer chez les juristes des Pays-Bas. Elle est étrangère à l'auteur du premier système rationnel sur le conflit des lois pénales, c'est-à-dire à Bartole (5). Il est remarquable que dans l'Allemagne féodale ou libérale,

(1) Carpzow, *Practica nova rerum criminalium*, III, qu. 110, n. 56.

(2) Mevius, *Jus Lubecense*, IV, 4 a. 15.

(3) V. Kohler, *Internationales Strafrecht*, p. 64.

(4) Même en ce qui touche la *remissio*, qui d'après Carpzow (*op. cit.*, III, qu. 110, n. 56) *minus frequentatur*, Mevius (*Jus Lubecense*, IV, 4. a. 15) dit qu'elle a lieu parfois « ex urbanitate et sua sponte jure amicitiæ et vicinitatis ». — Et, pour la *preventio*, Böhmer et Meister, bien qu'attachés, comme on le verra, au principe territorial, lui reconnaissent quelque effet entre les États allemands (Kohler, *op. cit.*, p. 64).

(5) *Suprà*, p. 135.

en tous cas non unifiée, jamais ce prétendu dogme de l'unité des compétences ne s'est imposé. Déjà, dans le Miroir de Saxe, il est précisé que le tribunal du Roi appliquera le droit personnel de l'inculpé, qui peut n'être pas le droit du tribunal lui-même (1). Et la doctrine des auteurs allemands des XVIIe et XVIIIe siècles, celle en particulier des Cocceji, est, comme on va le voir, dominée par la distinction des compétences, législative et judiciaire.

Ces auteurs, en définitive, se sont trouvés dans un milieu particulièrement favorable à la résurrection et au développement de la doctrine des statuts, telle qu'elle avait été créée par le génie de Bartole. On suivra ce développement, dans l'ordre que commandent les observations précédentes : par l'examen successif du problème de compétence judiciaire — du problème de compétence législative — du problème relatif à l'effet des jugements répressifs étrangers.

§ 1. — La question de compétence judiciaire.

La Doctrine allemande admet la compétence concurrente des trois fora : forum *domicilii*, *delicti*, *deprehensionis* (2).

La compétence du *forum domicilii* se fonde sur la tradition romano-canonique qui l'admet sans distinguer entre les formes de la poursuite : pour l'*accusatio*, mais aussi pour l'*inquisitio*. Dans l'*inquisitio*, la *fama publica* joue le rôle d'*accusator* : l'État est intéressé à surveiller la conduite de ses sujets (3). Mais surtout, la compétence du *forum domicilii* s'appuie sur la *tradition féodale*. Elle se justifie par l'attache réelle qui lie l'individu au lieu où il habite, où il possède ses biens (4). Commentant le droit de

(1) *Suprà*, p. 328, n. 2.

(2) Davidis Mevii, *Decisiones*, pars. IV, Decisio 176 : « Quando ex causa delicti triplex forum competens per jura mundi est redditum, nempe ubi delinquitur, ubi reus domicilium habet et ubi reperitur... ».

(3) Davidis Mevii, *Decisiones*, *loc. cit.* : « ...Non apparet inter accusationem et inquisitionem diversitatis ratio. Nam, si ad accusatoris instantiam competens est jurisdictio, quid non ad famam publicam, quæ accusatoris loco est. Officio Magistratus incombit, inquirere de innocentia aut improbitate civium, uti ad illud pertinet, vitia illorum corrigere et castigare... ».

(4) H. de Cocceji, *Exercitationes... Disputatio* 54. *De fundata in territorio...* tit. II : « Certum est ei potestati subesse omnes qui fixam in territorio sedem atque domicilium constituerunt : illi enim veri ejus subditi ac cives sunt, in quos Magistratui perpetuum territorii, *cujus incolæ et quasi pars sunt*, jus est. Unde in eos durat potestas etsi absint, cum cives absentes quoque domicilium retineant .. ».

Lübeck (1), Mevius signale le véritable *pouvoir* (potestas) que les magistrats de la ville ont sur ses habitants « pour prévenir des fraudes, faire régner la concorde, et protéger les citoyens (2) ». Il devait être sanctionné avec d'autant plus de soin qu'il présentait, pour le juge, un intérêt fiscal (3).

Ainsi s'explique le caractère principal de la compétence fondée sur le domicile. Le juge du domicile, s'il a entre les mains le délinquant, n'est pas tenu de le livrer au *judex loci* dépendant d'un souverain étranger (4). Même entre juges soumis à une souveraineté unique, il reste saisi, en vertu de la *preventio*, s'il avait commencé d'instruire au moment où il est requis (5). L'habitant de Lübeck, traduit devant un juge différent, peut exercer le *jus revocandi domum* (6); le juge étranger, que le statut de Lubeck ne lie pas, n'est pas tenu de consentir la *remissio*, en vertu d'une obligation juridique (7),

(1) Mevius, *Jus Lubecense*, lib. v, tit. III, a 4 : « Jus nostrum hoc loco inter cives ejusdem civitatis aliud disponit, vetans concivem suum coram alio quam judice ordinario loci, ubi is domicilium habet, convenire ».

(2) Mevius, *Jus Lubecense*, *loc. cit.* : « ... Idque vel ideo tum quod penes magistratum urbanum remaneret potestas servandæ juris æqualitatis inter cives, tum ne infringeretur statutorum observantia,... tum ut moderamen concordiæ civium... tum ne aperiretur occasio contra jus civitatis divexandi concives... tum ne cives alibi in peregrino loco litigantes magnis sumptibus et molestiis graventur... ».

(3) Brunnemann, *Tractatus de inquisit. proc.* (1684), III, 17 : « Non solent de prævenienda jurisdictione criminali judices multum soliciti esse, nisi ubi spes mulctæ se offert ». Cf. Kohler, *Internationales Strafrecht*, p. 63.

(4) Mevius, *Decisiones*, pars. IV, Decisio 176 : « Cui consectarium, ut magistratus domicilii, *cum non teneatur remittere*, tamen debeat, ideo etiam queat punire, et, si superiores carent avocandi vel evocandi potestate, perinde inferioribus judiciis non modo non possunt imputare quidquam, si delictis extra civitatem commissis cognoscunt, sed etiam juste indignarentur, si non facerent ».

(5) Mevius, *Decisiones: Decisio* 177, note 7 : « ... Proinde, si judex loci originis seu domicilii reum in vincula conjecerit, aut de causa inquirere cœperit, potest is, judice loci in quo delictum perpetratum dicitur ipsum citante, uti præventionis exceptione. Quin imo, non tenetur judex originis seu domicilii reum remittere ad judicem loci delicti, nisi statim, postquam delictum perpetratum est, et antequam ad capturam vel inquisitionem procederet, requisitus esset, et ab uno eodemque Principe jurisdictionem concessam haberent ».

(6) Mevius, *Jus Lubecense*, lib. v, tit. III, art. 4 : « Insignis hujus statuti effectus est exorbitans a regulis juris communis. Inde enim sortitur reus jus revocandi domum... ».

(7) Mevius, *Jus Lubecense*, *loc. cit.* : « Haud puto juris necessitate eum ad remissionem obligari, tum quia hoc statutum extra territorium statuentium judicem non obstringit, cui lex dici non potuit, quæ saltem dicitur subdito,

mais il le fera *ex humanitate* (1). Le demandeur qui a poursuivi le citoyen devant un juge incompétent sera puni (2), et privé du droit de faire exécuter la sentence sur le territoire de Lubeck (3).

Ce domicile, qui fonde la compétence, ne se confond pas avec l'habitation passagère. Il suppose un élément *matériel*, susceptible d'être réalisé non seulement en la personne du domicilié lui-même, mais de sa famille, de ses domestiques (4). Il suppose, en second lieu, un élément psychologique, la volonté de s'établir à poste fixe, qui peut résulter soit des faits, soit d'une déclaration formelle. Ce domicile peut, d'ailleurs, être transféré (5); c'est bien le domicile féodal, le *domicilium facti*, et non le *domicilium originis* que prend en considération la doctrine italienne.

La compétence du *forum delicti* s'est introduite, d'abord, de façon timide. Elle est admise pour répondre à la nécessité urgente de la répression, quand le coupable est pris, flagrant délit : c'est l'exception que reconnaît le droit féodal, en Allemagne comme en France (6). Au XVIe siècle, le statut de Lübeck va plus loin : il écarte le *jus revocandi domum* quand le coupable est pris, à un moment quelconque, au lieu du délit (7).

tum quia in iis quæ ad ordinationem judicii seu processus judiciarii spectant, spectatur jus loci ubi litigatur ».

(1) Mevius, *Jus Lubecense, loc. cit.* : « Ex humanitate igitur ea revocatio ad domum ab ipso petitur et fit remissio... ».

(2) Mevius, *Jus Lubecense, loc. cit.* : « Etsi vero judex compelli non potest ad remittendum, actor tamen alibi reum conveniens coercetur ex statuto triplici pœna hic definita nempe, multa quadam pecuniaria ex arbitrio judicis definienda... ».

(3) Mevius, *Jus Lubecense, loc. cit.* : « Amissione actionis cui hoc consequens est, quod etsi condemnatus sit alibi reus, domi tamen contra reum negetur per literas subsidiales rogata executio ».

(4) H. de Cocceji, *Exercitationes,.. Disputatio* 54, tit. II : « Domicilium autem, quod aliquando necessitatis... at regulariter liberum est, duo requirit : habitationem sc. (habitari autem etiam per familiam potest...) et voluntatem perpetuo, non ad tempus habitandi et figendi domicilium ».

(5) H. de Cocceji : *Exercitationes... loc. cit.* : « ... Quæ voluntas, uti alias semper declaratur vel verbis vel re ipsa et factis. Ex factis enim saltem per conjecturas probabiles voluntas colligitur, et solus quoque temporis lapsus quandoque sufficit... ».

(6) *Sachsenspiegel*, I, 55, § 2; II, 71, § 3; III, 1, § 2. Cf. Knapp, *Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft*, 32, p. 169; *Goltdammers Archiv* 61, p. 262; Kohler, *Internationales Strafrecht*, p. 43.

(7) Mevius, *Jus Lubecense*, lib. V, tit. III, art. 4, n° 27 : « Quinto cessat id beneficium (privilegium de non evocando) si civis alibi contraxit aut deliquit, ibidemque reperitur. Tum enim nullo privilegio eum forum declinare posse communis habet jurisconsultorum sententia eaque rationi congrua et juri ».

Le caractère normal de la compétence fondée sur le lieu est reconnu ensuite, d'abord par l'effet de la tradition romaine, mais aussi sous l'influence des publicistes. Grotius ne voyait guère dans l'État que la collectivité des citoyens (1). Ses successeurs hollandais, comme Bynkershoek, mais surtout allemands, Puffendorf, Wolff et plus tard Vattel, ont l'attention attirée sur cet élément essentiel de l'État qui est le territoire : le pouvoir de l'État sur son territoire est désormais distingué du simple droit de propriété (2). Dans un passage caractéristique de ses *Exercitationes*, Henricus de Cocceji montre comment le pouvoir politique, d'abord étendu, au profit de l'universalité des hommes, sur le monde entier, s'est, par suite de la division en États, spécialisé à l'égard de certaines fractions de territoire (3). A la notion féodale d'un pouvoir qui s'étend sur les *choses* (sachliche Herrschaft) se substitue la notion moderne d'un pouvoir qui gouverne les *actes* accomplis dans un certain espace (raümliche Herrschaft), dans les limites d'un territoire donné (4). Ce résultat, que les circonstances politiques avaient fait triompher, en France, des influences féodales, les efforts de la tradition romaine et du travail des publicistes ont concouru d'abord, en Allemagne, à l'établir. Ainsi la compétence du juge à l'égard des actes, délits et contrats, commis dans les limites de sa juridiction, quel qu'en soit l'auteur, est reconnue (5).

(1) Voir plus haut, p. 282, 284.

(2) *Suprà*, p. 317, 322, 324.

(3) H. de Cocceji, *Exercitationes*, *Disputatio* 54, tit. II : « Potestatem ac jurisdictionem illam, quam superiore titulo delineavimus, inhærere ipsi territorio, omnibusque ejus partibus, rebus item ac personis eo comprehensis tralatitium est atque vulgatissimum. Est nimirum summa et universalis potestas humano generi a Natura et rerum Arbitrio in ipsam terram universam et singulos homines in ea existentes primum concessa, et deinde in plures subdivisa civitates, et territorium finibus distincta ». Voir, dans le même sens, Ziegler, *op. cit.*, XV, § 35 et suiv., et surtout Hertius, *op. cit.*, t. II, *Dissertatio de subjectione territoriali*, § 9, p. 381 et suiv. : « Subditi præterea alii temporarii sunt, alii perpetui. Inter illos referantur, ex causa temporaria in regione quadam commorantes, advenæ puta, hospites, aut tutelari sive protectionis jure utentes... Tales, si delictum commiserunt, in loco commorationis et forum sortiuntur et puniuntur. Neque enim concessum est ut ad Dominos suos, eos poscentes, remittantur ».

(4) Carré de Malberg, *Théorie générale de l'État*, t. I, Paris, 1920, p. 3 et suiv.

(5) H. de Cocceji, *Exercitationes*, *Disputatio*, 54, tit. II, n° 6 : « Potestas illa extenditur quoque in advenas, eosque qui fixum domicilium non habent, sed vel ad tempus commorantur, vel saltem transeunt, quia dum ibi sunt intra potestatis illius terminos sunt, eaque continentur ».

Cette compétence a un caractère principal. Le *judex loci*, si le délinquant s'est enfui, peut réclamer la *remissio*. Il l'obtiendra du *judex deprehensionis* (1). Il l'obtiendra même du *judex domicilii*, si celui-ci n'a exercé son *jus preventionis* (2). Il pourra, s'il le préfère, ou s'il ne peut obtenir la *remissio* d'un juge étranger, engager une procédure par défaut (3). Il ne sera tenu lui-même d'accorder la *remissio* à aucun juge (4). Et comme on le verra plus loin, le jugement qu'il a rendu aura une autorité absolue.

Le même effort combiné de la tradition romaine et des publicistes a fait admettre enfin la compétence du *judex deprehensionis*. Cette compétence est consacrée, même en dehors des catégories spéciales traditionnellement admises, par le texte fondamental du Code III, 15, 1, débarrassé de la fausse interprétation des post-glossateurs. Dans son commentaire sur Grotius, H. de Cocceji pose en règle que la compétence pénale, et l'exercice du droit de guerre, ne peuvent se fonder que sur une lésion directe des intérêts de l'État (5). Mais l'idée d'une communauté d'intérêts entre les hommes lui fait admettre ensuite toutes les exceptions que Grotius

(1) Brunnemann, *Tractatus de inquisit. proc.* (1684) III, 6 et 7 ; Berger, *Œconomia juris* (1712) IV, 2 (competentia) n. 4 ; H. Cocceji. *Exercitationes curiosæ*, I, 54, 4. n. 9.

(2) Mevius exigeait, toutefois, pour que la *remissio* fût possible, que le *judex domicilii* et le *judex loci* dépendissent du même souverain (*Suprà*, p. 334, note 5). Cette restriction ne se retrouve pas chez Leyser (74, n. 7) ni chez Quistorp (*Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, 6e éd. 1796, II, § 574). Cf. Lammasch, *op. cit.*, p. 21.

(3) Sam. de Cocceji, *Jus civile controversum* (Lipsiæ, 1791) lib. v, tit. I, *De judiciis*, 419, qu. XIX. « An absens in loco privati delicti forum sortiatur. Affirmativa, quia nullibi præsentia requiritur l. 7, § p. ff. *de Accus.* l. I. C. ubi de crim... — *Inst.* Quod cesset executio, imprimis si judex per subsidiales requisitus executionem peragere nolit — *Resp.* Effectum omnino habet hæc condemnatio, si contra absentem quoque fieri potest executio, ut in relegatione ... Si bona ibi habet, in ea executio fieri potest... Si bona non habeat, cessat executio ob defectum objecti, non vero ob defectum jurisdictionis ». De même Hertius, *op. cit.*, *De subjectione territoriali*, § IX, p. 381.

(4) Hertius, *op. cit.*, *De subjectione territoriali*, § IX, p. 381, *suprà*, p. 334, note 7.

(5) H. de Cocceji, *Commentarius ad Hug. Grotii*, lib. II, cap. XX, § XL ad § XL : «... Nos in genere regulam statuimus, eum qui læsus non est reparationem petere, et bellum ideo alii inferre non posse, quia ubi non est læsio, ibi quoque non est injuria, adeoque nec reparandi necessitas. Nedum ergo pœnæ nomine aliquid exigi potest : quia pœnæ tantum infliguntur a superiore : gens autem alia superior non est. »

avait apportées à ce principe (1). Ainsi, H. de Cocceji décide qu'en matière délictuelle, le défendeur peut, conformément au Droit des gens, être assigné là où il est trouvé, hors du lieu où l'infraction a été commise (2). Cette compétence n'a d'ailleurs qu'un caractère subsidiaire ; elle doit céder le pas à la compétence préférable du *judex delicti*. Et comme, au XVIIIe siècle, la tendance attestée par des traités auxquels des États allemands furent parties (3) est de rendre l'extradition obligatoire (4), la doctrine allemande de cette époque aboutit, avec Bœhmer, à la stricte affirmation du principe territorial (5).

§ 2. — La question de compétence législative.

A l'égard de la *compétence législative*, le principe territorial avait prévalu beaucoup plus tôt. Sans doute Mevius, commentant le statut revisé de Lübeck, ne semble pas douter que le juge du domicile doive appliquer son propre statut qui est le statut per-

(1) H. de Cocceji, *loc. cit.* : « Exceptiones : I. Si causa hominum communis sit... II. Si scelera in Deum agnitum committuntur... III. Si assistunt alii : tunc enim non suam injuriam vindicant, nec suum jus defendunt, sed alterius causæ accedunt, et jus suum vindicanti assistunt ».

(2) H. de Cocceji, *Exercitationes*, vol. I, t. IV, n. 13 : «... Porro ex eadem ratione sequi videtur quod reus etiam in loco ubi nec deliquit nec contraxit, sed saltem reperitur, conveniri queat ; cum interim sub ejus potestate sit. Et sane jus gentium nihil impedit ; sed et jure civili in criminibus id obtinet. l. 1 C. *Ubi de crim.* »

(3) Ainsi le traité de Hambourg avec le Holstein de 1736 (Moser, *Nachbarliches Staatsrecht*, p. 556 ; Lammasch, *Auslieferungspflicht und Asylrecht*, (1887) p. 23 ; le traité du Wurtemberg avec la France de 1763 (Billot, *De l'extradition*, p. 40 ; Lammasch, *loc. cit.* ; Kohler, *Internationales Strafrecht* p. 158).

(4) Lammasch, *op. cit.*, p. 23. En 1712, Berger écrit encore : « Remissiones delinquentium hodie dicuntur esse non necessitatis (regulariter excepto casu initæ conventionis) sed comitatis atque urbanitatis ». (*Œconomia juris*. IV, 2, note 4). Mais, à partir de cette date, les traités d'extradition se multiplient.

(5) Bœhmer (Dissertation, Ruppel pres. Bohmero) *De delictis extra territorium admissis* (Gottingen, 1748). — V. aussi Leyser, *Meditationes ad Pandectas* ; Meister (*Ausführliche Abhandlung des peinlichen Processes in Deutschland*. Gottingen 1758), expose (1re partie, chap. I, § 9, p. 10) les conséquences de la souveraineté territoriale des États allemands au point de vue pénal et les exceptions qu'elle supporte du fait de certains rapports de dépendance entre ces États (*Geleitsherrlichkeit*, *op. cit.*, 3e partie, chap. X, § 15, p. 331).

sonnel du délinquant (1). Il résulte d'ailleurs des termes du statut de Lübeck lui-même que le fait sera jugé « *comme s'il avait eu lieu sur le territoire de la cité* » (2). Mais déjà Caspar Ziegler, lorsqu'il attribue compétence au *judex deprehensionis*, lui impose l'obligation de juger et de punir « *ex statutis loci ubi delictum commissum est* (3) ». L'application nécessaire de la *lex loci* est une solution acquise, dans le système d'Henricus de Cocceji. Elle se fonde sur l'idée que l'inculpé, lorsqu'il a commis le délit, était soumis à la souveraineté territoriale « sub potestate ejus territorii » qui peut seule régir les conséquences de son acte (4). Elle se justifie, parce qu'il n'a pas pu s'attendre à l'application d'une autre loi (5). Elle s'impose, quel que soit le tribunal saisi de l'affaire.

On supposera d'abord que le juge saisi soit le *judex domicilii*. Il ne saurait, sans empiéter sur la souveraineté d'autrui, étendre l'application de sa loi en dehors de son territoire. Il jugera donc, mais conformément à la *lex loci*. Seulement l'application de la loi personnelle doit prévaloir, dans quelques cas exceptionnels (6).

Il en est ainsi, d'abord, si le citoyen a commis son acte hors de la cité pour se soustraire aux effets d'une prohibition de la loi locale. Cette loi lui sera appliquée, comme un statut personnel. C'est l'hypothèse de la *fraude à la loi* (7).

(1) D. Mevii, *Decisiones*, Pars IV, Decisio 176.

(2) V. plus haut, p. 329, n. 5.

(3) Ziegler, *De judicum officio vel delictis tractatus moralis*, concl. XV, § 34 et suiv.

(4) H. de Cocceji, *Exercitationes*... Disputatio 54, tit. II, n° 7 : « At ex facto suo, si quid in transitu forte contraxerunt vel deliquerunt, conveniri et detineri possunt : illud enim sub potestate ejus territorii continetur, eaque inde fundari potest ». Tit. VI. « Talis regula convenit : ad eorum locorum pœnas jure eum teneri, sub quorum potestate eo tempore fuit, quo contra leges eorum commisit... Cum enim sub potestate loci est, delinquit, si contra legem ejus facit; si delinquit, pœnam meretur, lege illa in delictum statutam ».

(5) H. de Cocceji, *Exercitationes*... tit. VI, n° 3 : « Neque vero, cum in loco, ubi deliquit, esset, potuit scire vel observare omnium locorum, quæ postea forte aditurus erat, statuta, eorumque pœnis illigari ».

(6) H. de Cocceji, *Exercitationes*, tit. VI, n° 5 : « Reus etiam in loco domicilii conventus regulariter non tenetur ad ejus loci pœnam si extra eum deliquit, quia leges in alterius territorio ferre nequit ».

(7) Hertius, *De selectis et rarioribus*... vol. I, sect. IV. *De collisione legum positivarum inter se*, §§ XIX et suiv. : « Juxta regulam in § X non domicilium, non locus ubi reus reperitur, sed actus debet spectari ». Trois exceptions : « ... altera, si materia legis respiciat bonum ipsiusmet territorii, et factum

Il en est ainsi, encore, si le délit a été commis *contra patriam*. Dans ce cas, comme dans le précédent, l'intérêt de l'État est en jeu (1).

Enfin, il existe des lois pénales dont le but est moins d'assurer le maintien de l'ordre, de garantir la sécurité générale, que de pourvoir à l'intérêt des citoyens, en améliorant leurs mœurs : ainsi, les lois qui punissent l'ivresse (2). Il est conforme à l'esprit de ces lois qu'elles étendent leur application aux sujets résidant à l'étranger : sur eux le Prince exerce, à cet égard, une *souveraineté personnelle*. La personnalité de la loi pénale repose ici sur une analyse très subtile du but de la loi.

Dans les cas qu'on vient de citer, le juge appliquera la loi personnelle, même si elle édicte une peine supérieure à celle de la *lex loci*, même si l'incrimination qu'elle établit est étrangère à la *lex loci* (3).

Qu'on suppose, en second lieu, le *judex loci* saisi de l'affaire. L'infraction a été commise, sur le territoire de la cité, par un sujet ou par un étranger. L'application de la loi territoriale est le principe, qui ne souffre, alors, aucune difficulté.

Sans entrer dans le détail des distinctions de la Doctrine italienne, que le pouvoir plus étendu des juges rendait sans doute inutiles, les auteurs admettent qu'il sera tenu compte à l'étranger, dans un esprit de bienveillance, de son *ignorance probable* du *statut local* (4).

alibi patratum tendat in ejuse fraudem atque turbamentum ordinis, ut, si elusurus legem alio migret ».

(1) H. de Cocceji, *Exercitationes*, tit. VI, n° 9 : « Quod et verum est quando v. gr. contra patriam, licet in alio loco, peccat ».

(2) H. de Cocceji, *Exercitationes*, tit. VI, n. 9 : « Quæri quoque potest an Princeps territorii pœnam in subditos etiam alibi delinquentes statuere possit ? R. posse, si pœna tantum ad emendandos subditorum mores, non vero pro securitate civili, constituta sit : uti si ebrietatem, execrationes, et jurandi temeritatem ubique sub pœna certa vetet; subditi sane in quos etiam absentes potestatem Princeps retinet ubique obligantur hoc præcepto sui Principis, quod tantum ad personas civium spectat ». — Hertius, *loc. cit.* « ... tertia, si pœna tantum ad emendandos subditorum mores, non vero pro securitate civili constituta sit, uti si ebrietatem, exercitationes et jurandi temeritatem lex vetet ».

(3) H. de Cocceji, *loc. cit.* : « Quo casu idem statuimus, etsi Princeps non pœnam modo augeat, sed nove constituat, quanquam ne Bartolus quidem id sentiat ».

(4) H. de Cocceji, *Exercitationes*, tit. VI, n° 4. « Reus ubicumque conventus semper potest puniri ex statuto loci ubi deliquit... nisi forte appareat probabilis statuti ignorantia ».

Mais une question plus délicate se pose. Si la loi personnelle de l'étranger —, le statut de son domicile — contient des pénalités, ou même établit des incriminations que la *lex loci* ignore, l'application de cette loi personnelle ne s'imposera-t-elle pas au *judex loci*? N'en sera-t-il pas ainsi, tout au moins, de ses dispositions que le législateur a édictées dans une pensée de protection, de celles qui, à raison de leurs motifs, ont une valeur extraterritoriale ?

Ainsi : le juge local appliquera-t-il à l'étranger les dispositions plus rigoureuses de sa loi personnelle qui répriment l'ivresse? Cette solution est restée étrangère à la Doctrine italienne; elle est exclue par Clarus. Jamais les auteurs italiens n'ont admis l'application à l'étranger, pour un délit commis sur le territoire, d'une loi autre que le *jus commune* ou le *statutum loci* (1). Henricus de Cocceji n'a pas prévu la difficulté. Samuel de Cocceji, énumérant les dispositions qui ont un caractère personnel, paraît exclure les dispositions pénales (2). Mais c'est en termes absolus qu'Hertius, comme on l'a vu, affirme la valeur personnelle, extraterritoriale, de certaines lois pénales (3). Meister préconise l'application de la loi la plus douce (4). Böhmer, toutes les fois qu'il s'agit d'un délit prévu par le droit commun, veut que le droit commun soit observé (5).

Voici un nouveau progrès, où se manifeste encore l'influence des publicistes. On suppose que l'affaire a été portée devant le *judex deprehensionis*. C'est sur le Droit des gens naturel ou

(1) Voir plus haut, p. 118 et suiv., 137 et suiv., 156 et suiv.

(2) Samuelis de Cocceji, *Jus civile controversum*, lib. II, tit. I, qu. 23, n. 4 : « Nam vel I agitur de sola persona ejusque qualitate, statu et conditione, universoque patrimonio ; et tunc inspicitur jus domicilii... Exceptis delictis... Ita in nomina et jura in personam succeditur juxta statuta domicilii. In pœnis aliquid singulare est de quibus statim, nos II et III... II. Pœna, quatenus ad res alibi sitas pertinet, juxta modum illius loci statuitur. III. Pœna ejus loci spectatur, quem delinquendo violavit. »

(3) Hertius, *op. cit.*, vol. I, sect. IV, § 19, *in fine* : « Cœterum licet lex extra territorium subditum regulariter non obliget, tamen recte Doctores asserunt, si summus imperans subdito extra territorium exstanti per modum præcepti aliquid vel faciendum vel omittendum injungat, eum obligari »,

(4) Meister, *Einleitung zur peinlichen Rechtsgelehrsamkeit*, p. 681, 686. — Kohler, *Internationales Strafrecht*, p. 67.

(5) Böhmer, *De delictis extra territorium admissis*, p. 30 et s., p. 43 et s.

nécessaire que repose la compétence de ce juge. Il s'agit de venger une offense adressée à l'humanité tout entière. Mais comme la loi directement et immédiatement violée par le délit n'est pas la loi de ce juge, sous le pouvoir duquel le délinquant ne se trouvait pas, mais la *lex loci*, c'est cette dernière loi qui devra recevoir application (1). Le *judex deprehensionis* intervient au nom du Souverain étranger dont il fait respecter la loi. Ainsi se traduit pratiquement la théorie, défendue par Burgundus, Matthæus et Puffendorf, d'une justice *déléguée*.

§ 3. — Les effets des jugements répressifs étrangers.

Dans la détermination des effets de la sentence, la doctrine allemande n'a pas atteint la même originalité. Les auteurs se sont bornés, en général, à reproduire les solutions acquises par Bartole et ses successeurs.

Au point de vue de l'autorité négative de la chose jugée, il s'est produit une évolution parallèle à l'effacement du *forum domicilii* au profit du *forum loci delicti*. Dans le système de Mevius, le jugement prononcé par le juge du domicile met obstacle à tout nouvel examen de l'affaire par une autre juridiction (2). Tout

(1) Ziegler, *op. cit.*, XV, § 47; H. de Cocceji, *Exercitationes*, tit. VI, n° 3 : « Si Reus ibi accusetur ubi reperitur, non debet puniri juxta ejus loci statuta, quia, cum delinqueret, plane non fuit sub ejus loci potestate, adeoque in leges, quæ nullæ in eum scriptæ vel statutæ erant, nihil deliquit... ». — Hertius, *op. cit.*, vol. I, sect. IV, § 31 : « Supplex advena ob factum, nonnisi secundum *patriæ suæ* leges puniendum accusatur; quæritur an dedi vel puniri debeat? Affirm. H. Grotius, quoniam res dijudicanda ex jure civili populi, unde venit... [quod si igitur summus imperans hoc eligat, puniri debet advena ex statutis [l]oci, *ubi delictum est admissum* ». — Dans l'hypothèse envisagée successivement par Grotius et par Hertius, l'étranger fugitif est jugé pour un crime qu'il a commis dans son pays. Dans la pensée de Grotius, la loi étrangère doit lui être appliquée, comme étant sa loi personnelle : on sait, en effet (ci-dessus, p. 281, 284, 292), que pour le grand jurisconsulte hollandais le *jus civile* a un caractère personnel : ce n'est pas le droit qui régit un territoire : c'est celui qui unit les membres d'une collectivité. On a vu que l'application personnelle de la loi pénale (patriæ suæ leges) ne répugne pas non plus à Hertius. Mais les termes qu'il emploie en dernier lieu (*ubi delictum est admissum*) font supposer qu'ici c'est en qualité de *loi territoriale* qu'à son avis la loi étrangère doit être appliquée.

(2) Mevius, *Decisiones*. Decisio 177 : « Post cœptum de crimine in loco domicilii judicium, sine violatione jurisdictionis reus in loco delicti non potest capi et judicio subjici. »

juge qui a exercé son droit de prévention est désormais le seul qui puisse connaître du procès (1). Aussi le jugement rendu par le *judex loci delicti* a-t-il également l'autorité de la chose jugée. Henricus de Cocceji combat l'opinion de Paul de Castre d'après qui un Florentin, coupable d'un délit commis à Bologne, et déjà jugé dans cette ville, pourrait être l'objet d'une nouvelle poursuite devant le juge de son domicile (2).

Il est vrai qu'Hertius, dans le passage où il affirme le caractère personnel de certains statuts pénaux (3), semble indiquer que le sujet jugé et puni à l'étranger pour un délit commis à l'étranger peut être poursuivi à nouveau devant le juge de son domicile, pour subir, par application du *statutum domicilii*, un supplément de peine. Mais cette opinion est exprimée en termes peu clairs. Il résulte du contexte qu'elle concerne uniquement les lois pénales auxquelles Hertius attribue, par exception, un caractère personnel. Enfin, cette solution semble être restée propre à Hertius.

En revanche, quand la prépondérance du *forum delicti* fut reconnue, il fut admis par tous les auteurs que la compétence du juge local doit s'exercer, nonobstant toute sentence antérieure. Quand la peine commuée par la *lex loci* est plus sévère, la nouvelle procédure amènera l'application d'un supplément de peine (4).

(1) Mevius, *loc. cit.* : « Hoc inducit præventio, quæ est jurisdictionis alias utrique competentis præoccupatio, et alterius exclusio. Inde hunc effectum habet, ut, cum forum diversis in locis competens est, qui prius reum citavit vel apprehendit, et in judicium suum ducit, in cognitione non tam potior quam solus habeat ».

(2) H. de Cocceji, *Exercitationes*, tit. IV, nº 9 : « In eo tamen falli omnino videtur Castr. quod civem Florentinum coram judice Bononiensi jam conventum, imo condemnatum et profugum Florentiæ denuo conveniri posse statuit. Nam in criminibus quoque locum præventioni esse jure statuit Covarruvias. » — Cf. *suprà*, p. 159, n. 5.

(3) Hertius, *op. cit.*, vol. I, sect. IV, § XIX. « Cujus extra patriam delinquit et punitur; quæritur, an, si gravior pœna huic delicto in patria esset statuta, quod deest illi pœnæ suppleri ibidem possit?... ».

(4) H. de Cocceji applique cette solution au cas d'un délit dont la commission s'est prolongée sur des territoires différents. Le juge saisi en dernier lieu pourra infliger un supplément de peine : H. de Cocceji, *Exercitationes*, tit. VI, nº 4 : « At si diversæ utriusque loci pœnæ, et leviorem ipse passus est, in altero loco adhuc quod plus est exigi ab eo potest, quia graviorem illam meritus est, nec tamen totam præstitit. Quod in pecuniariis pœnis facile fieri potest, in reliquis autem ita officio judicis computatur, ut levior quam jam passus est, et ea quam adhuc patietur, simul sumtæ æquipolleant uni pœnæ graviori ». A plus forte raison, la même règle devait être observée, quand le juge saisi d'abord était le *judex domicilii*.

Quant à l'autorité positive de la chose jugée, la doctrine allemande est dominée, comme la doctrine italienne, par la distinction des incapacités particulières, visant l'accomplissement de certains actes, l'exercice d'une profession, dont l'effet est territorial (1) — et des incapacités générales, qui modifient la condition de la personne, et la suivent en tout lieu (2). Ainsi, l'effet universel de l'infamie est reconnu. Peu importe que la sentence émane ou non du juge personnel de l'inculpé (3). Mais les effets de l'infamie, en dehors de ceux qui résultent du droit commun, seront régis uniquement par la loi personnelle du condamné (4).

Le jugement qui prononce la confiscation des immeubles produit ses effets partout, lorsqu'il est rendu en vertu du droit commun (5). Hors de là, ses effets sont limités au territoire du prince (6). C'est la solution de Bartole (7). Chaque immeuble sera vendu (publicatum) par le ministère du juge ayant le *jus fisci*, dans le ressort duquel il est situé.

(1) H. de Cocceji, *Exercitationes*, tit. VI, n° 7 : « Si pœna non stet intra personam, sed ad certos actus et aliquid agendi facultatem extendatur, pœna territorii finibus continebitur, uti si Advocatus ab officio remotus, aut quis pro alio postulare prohibitus sit. »

(2) H. de Cocceji, *Exercitationes*, tit. VI, n° 6 : « Distinguo an pœna pertineat ad solam personam rei, an ad actus, an ad res quoque. Si ad solam personam, uti pœna infamiæ, illa personam sequitur, ubicumque sit. ».

(3) H. de Cocceji, *loc. cit.* : « Neque discernimus, civis et perpetuo subjectus sit, an extraneus, cui pœna dictata est, modo a legali judice; cum enim juris Gentium sit ut delicta a competente judice puniantur, jus illud ubique Gentium obtinet, et pœna apud omnes pro justa habetur, quo ad personam istam. » — C'est l'affirmation, à l'égard de la condition des personnes, de l'effet international des droits acquis.

(4) H. de Cocceji, *loc. cit.* : « Unde et effectus infamiæ, qui juris communis sunt, ubique obtinebunt, cum id jus quoque omnibus commune sit : at si statuto loci singulares quosdam effectus infamia pariat, tutus ab iis reus est, si extra locum statuti degat. »

(5) H. de Cocceji, *Exercitationes*, tit. VI, n° 8 : « Omnino addendum est publicationem quoque bonorum ad omnia bona ubicumque sita extendi, si jure communi poena ista imposita sit, uti ex causa Majestatis ».

(6) H. de Cocceji, *loc. cit.*: « Si denique pœna ad res et bona quoque porrigitur, uti pœna confiscationis bonorum, non obtinebit illa nisi in bonis intra territorium Principis qui jus dixit sitis, neque vim ad bona alieni territorii exercet ».

(7) H. de Cocceji, *loc. cit.* « Et si in eodem territorio sint alii Magistratus inferiores, qui jus fisci habent, et quædam bona in horum toparchiis sita, illa confiscata quidem censentur, cum sint in territorio principis, qui sententiam dixit, et acquirentur toparchis. Burgundus ad consuet. Flandr. tract. 3, n° 13 et seq. ».

Section III

Le mouvement législatif.

Nécessité d'une réglementation législative de la compétence pénale. — Législation impériale du XVIe siècle : préférence accordée au *forum deprehensionis*. — Législations particulières des États, au XVIe et au XVIIIe siècle : *forum delicti*. — Droit prussien du XVIIIe siècle : influence des conceptions doctrinales ; influence des idées impérialistes.

L'effort législatif était commandé par la situation des États allemands ; ayant, la plupart, un territoire restreint, unis entre eux par des communications fréquentes, ils offraient à la circulation des malfaiteurs des facilités excessives. Il était désirable que des règles de compétence pénale fussent posées, et, s'il était possible, suivies d'un commun accord. L'œuvre était préparée par l'élaboration doctrinale. Le législateur de l'Empire s'attacha dès le XVIe siècle à la réaliser. Les lois particulières de divers États consacrèrent plus tard, pour déterminer le tribunal compétent dans chaque affaire, des solutions qui ne s'appliquaient qu'au droit interne, mais qui marquèrent une tendance. C'est, comme il a été dit, au droit prussien que devait revenir l'honneur de formuler, pour la première fois, un système complet sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger.

La solution qu'adopta dans la seconde partie du XVIe siècle le législateur de l'Empire est celle qu'imposait, en l'absence d'une *remissio* régulièrement organisée et pratiquée entre les États allemands, la nécessité d'une règle simple : celle, au surplus, que pouvait justifier la saine interprétation, rétablie à la même époque par Cujas et par Doneau, des textes romains ; ce fut la préférence donnée au *judex deprehensionis*.

En 1559, la Diète d'Augsburg prescrit que les auteurs et complices d'un délit soient arrêtés au lieu où ils se sont réfugiés. Ils y seront jugés et punis suivant le droit de l'Empire, le droit commun et les usages locaux (1).

(1) *Reichstag von Augsburg*, 1559, § 26 : « So nun in solcher Nacheyl einer oder mehr der Thäter oder Beschädiger niedergeworffen und ergriffen, sollen der oder dieselbigen in der Obrigkeit und Herrschafft Gericht, darin er oder sie niedergelegen, gelassen und eingestellt, daselbst verstrickt oder in Gefäng-

La même année, une ordonnance criminelle fait l'application du même principe à une catégorie spéciale de délinquants, les faux-monnayeurs. Le faux-monnayeur sera poursuivi au lieu où il s'est enfui, frappé dans son corps et dans ses biens. Le bénéfice de la confiscation ira, pour un tiers au dénonciateur, pour les deux tiers au fisc (1).

En 1577, un règlement impérial de police décide que les commerçants (Handthierer und Gewerbsleut) coupables de banqueroute frauduleuse seront saisis au lieu de leur refuge, et châtiés suivant les circonstances (2).

Du XVIe au XVIIIe siècle, les lois particulières de divers États allemands règlent, à l'intérieur de ces États, les conflits de compétence pénale. Jusqu'à cette époque, le principe d'origine féodale, qui donnait la préférence au *forum domicilii*, avait prévalu, dans le droit des villes. La constitution d'États plus importants, centralisés, détermine, comme en France, la prépondérance du *forum delicti*.

nuss und gute Verwahrung geantwort, der Ort auch von den Beschädigten oder Beleidigten vermög des Land-Friedens und des H. Reichs Rechten, oder sonst nach Gelegenheit, und wie er dessen zum besten befugt seyn, bey sich selbst befinden mag, beklagt, und gegen den Beklagten, Inhalt gemeldts Land-Friedens, der gemeinen Rechten, und wie es sonst jedes Orts die sondere Gewohnheit, Freyheiten und alt Herkommen vermögen und mitbringen, gehandelt werden » (Kohler, *Internationales Strafrecht*, p. 61).

(1) *Augsburger Münzordnung*, 1559, § 162 : « So dann ein solcher Verbrecher betretten, soll er eingezogen, und an Leib und Gut, oder am Leib allein, oder am Gut allein, nach Gelegenheit und Gestalt seines Verbrechens gestrafft werden. Und wäre es Sach, dass er am Gut gestrafft würde, alsdann soll dem Ansager an solcher verwürckten Buss ein dritter Theil und die anderezwey Theil der Oberkeit, darunter die Uberfahrung geschehen, gebühren, welche Straff die Oberkeit auch also einbringen, und dem Ansager seinen dritten Theil zustellen soll. Würde aber solche Oberkeit an Einbringung der verwurkten Straff saumig seyn, alsdann sollen die Muntzgenossen desselbigen Kreyss solche Straff einfordern, zwey Theil derselben behalten, und den dritten Theil dem Ansager, wie obstehet, folgen lassen » (Kohler, *loc cit.*, p. 62).

(2) *Reichspolizeiordnung*, 1577, XXIII, § 2 : « So setzen, ordnen und wollen wir, dass solche Handthierer und Gewerbsleut, so sie fürsetzlicher oder betruglicher Weise und nicht aus kundlichem zugestandenem Unfall ausstehen, Banckerott machen und ausstrinnig werden, hinfuro von keiner Herrschafft oder Obrigkeit aufgenommen, noch ohn Willen der Glaubiger vergleytet und geduldet, sondern, wo die betretten, zu Hafften angenommen, den Klagern zu Recht gehalten, und nach Gestalt der Sachen gestrafft... werden sollen » (Kohler, *loc. cit.*, p. 62).

Une ordonnance de l'électeur de Saxe, de 1555, dit que les criminels fugitifs seront traduits devant le tribunal du lieu où le crime a été commis. C'est là que justice sera faite (1).

Plus tard, une instruction criminelle du Duché de Brunswick (1736) prévoit les difficultés qui s'élèvent en pratique quand l'agent, domicilié dans un lieu, commet le délit dans un autre, et se fait arrêter dans un troisième. Il doit être entendu que le *forum domicilii* ni la *preventio* ne détermineront la compétence. Seul le *forum delicti* sera pris en considération. Sur la réquisition du juge territorial, le malfaiteur lui sera livré, pour qu'il soit procédé à l'inquisition (2).

Le Code criminel de Bavière de 1751 envisage également la compétence concurrente du *judex delicti*, du *judex domicilii* et du *judex deprehensionis*. Il manifeste une préférence pour le premier. Rien n'est plus naturel que de faire juger l'affaire au lieu où le délit a été commis. Cependant, chacun des autres juges peut également se saisir *per inquisitionem* (3). Lorsque l'un quelcon-

(1) *Kurfürstlich Sächsische Verordnung*, von 1555 : « Nachdem sich auch offtmals zuträgt, dass diejenigen, so in unsern Ampten und Gerichten verbrechen sich flüchtig machen, auch bissweilen aus den Banden wircken und in unser Unterthanen Gerichten wiederumb zu hafft gebracht werden : als wollen und verordnen wir, dass auf unserer verordneten Regierung Ansuchung die Gerichtshaber die Verbrecher in unser Ampt und Gerichte, darin die Verbrechung geschehen, ohne Weigerung wiederumb zu gebührlicher Rechtsfertigung folgen lassen sollen, welches einem jeden an seinen Gerichten unnachtheilig seyn, und gegen den Verbrecher anders nicht, denn nach gemeinen Landleufftigen Rechten verfahren werden soll » (Carpzow, *op. cit.*, III, qu. 110, n. 60; Kohler, *op. cit.*, p. 64).

(2) *Braunschweiger Kriminalinstruktion*, 1736, c. 4, § 3 : « Als auch zuweilen unter einigen Amtern ratione fori, wenn z. e. der Täter in einem Amte wohnhafft ist, in einem andern die That begangen, in einem dritten aber betreten wird, und als alle diese jurisdictiones concurriren, viel streitens vorgefallen, welchem Amte die Jurisdiction gebuhre, so soll z. Abschneidung aller schädlichen, auch unnöthigen Weitlauffigkeiten in solchen Fällen bey unsern Amtern hinfuro nicht das forum domicilii noch praeventionis, sondern allein das forum delicti attendirt und cognoscirt, und zu dem Ende der Thäter auf beschehene gebuhrliche requisition dem Amte, in dessen jurisdiction das Verbrechen geschehen, zur Vollziehung der Inquisition remittirt werden » (Böhmer, *op. cit.*, p. 19; Kohler, *op. cit*, p. 64).

(3) *Codex Bavaricus*, II, 1, § 10. Obwohlen an sich nichts billiger und naturlicher zu seyn scheint, als dass jedes Verbrechen an dem Orth, wo es begangen worden, gerechtfertiget oder gestraffet werde, so ist doch der ordentliche Gerichtszwang gegen einen Uebelthäter nicht nur in loco Delicti, sondern auch in loco Deprehensionis aut Domicilii, das ist, wo er sich entweder betretten lässt, oder meistentheils aufhält, dergestalten gegrundet, dass jede von denen

que d'entre eux se sera prononcé, l'autorité de la chose jugée fait obstacle à ce que l'affaire soit portée devant un tribunal différent. Quant à la loi applicable, il convient de se reporter, quel que soit le juge saisi, aux droit et usages du lieu où le crime a été commis (1). Ici se reconnait l'influence directe d'Henricus de Cocceji et des auteurs allemands du xvii[e] siècle (2).

Cette influence a dominé aussi dans l'élaboration des textes prussiens, Preussische Landrecht, et Kriminalordnung (Allgemeines Kriminalrecht für die preussischen Staaten), qui portent cependant, à un plus haut degré, la marque du droit coutumier germanique.

Comme le droit bavarois, le droit prussien reconnait la triple compétence du *judex domicilii*, du *judex delicti*, et du *judex deprehensionis*. Il l'admet dans les rapports internationaux. Il suppose, en effet, que le juge prussien peut être appelé à connaître, non seulement de tous délits commis sur le territoire, mais aussi de ceux, commis par des nationaux à l'étranger, dont l'auteur aurait été arrêté sur le territoire de la Prusse, ou lui aurait été livré — mais, enfin, d'infractions commises par des étrangers à l'étranger.

A l'égard des infractions commises sur le territoire, la loi territoriale s'applique à tous, l'étranger étant réputé s'en être informé (3).

A l'égard des infractions commises à l'étranger, le principe est l'application de la *lex loci*, quand l'agent est un étranger (4). Tou-

Obrigkeiten, welche selbiger Orten den Blut-Bann haben, mit peinlicher Inquisition und Straff gegen ihn verfahren kann.

(1) *Codex Bavaricus*, I, 1, § 27. « Bey jeder Bestraffung ist zuvörderist auf die Rechten und Gewohnheiten jeden Orths, wo das Verbrechen begangen worden, zu sehen, und da selbes an einem Orth angefangen, anderwärts aber vollstrecket worden, so steht in des Richters Willkur, ob er die Straff nach den Gesetzen des ersten oden anderen Orths dictiren wolle ». Cf. Meili, *Lehrbuch des internationalen Strafrechts*, p. 58).

(2) Le Code Bavarois, dans l'ensemble de ses dispositions, a d'ailleurs subi, dans une large mesure, l'influence des idées romaines.

(3) *Das Preussische Landrecht*, 2[e] part., tit. XX § 12 : « Nicht nur Untertanen, sondern auch Fremde welche innerhalb der Grenze des Staats sich aufhalten, sind sich um die Gesetze desselben zu erkundigen verpflichtet. — § 13. Desgleichen Fremde welche innerhalb Landes Verbrechen begehen, werden daher auch nach inländischen Gesetzen bestraft ».

(4) § 14. « Fremde aber, wenn sie wegen auswärts begangener Verbrechen zur Strafe gezogen werden sollen, müssen nach den Gesetzen des Ortes, wo sie das Verbrechen begangen haben, beurteilt werden ».

tefois, si la peine établie par la loi prussienne, par la *lex fori*, est moins élevée, l'inculpé bénéficiera de cette indulgence relative (1).

Cette législation prussienne est intéressante, parce qu'elle constitue la première tentative moderne pour faire pénétrer en droit positif les conclusions de la science. L'influence de la doctrine allemande se manifeste d'abord par la large extension de la compétence judiciaire aux infractions commises à l'étranger, ensuite par l'application de la *lex loci* qui, pour ces infractions, demeure la règle. D'autre part, la tendance autoritaire de l'État prussien s'affirme par la prépondérance de la *lex fori* rigoureusement appliquée aux étrangers sur le territoire, étendue aux nationaux délinquants à l'étranger. C'est un rapprochement avec le droit français du XVIIe siècle. C'est un pas dans l'évolution, qui, au début du XIXe siècle, fera triompher, dans la pratique et la doctrine allemandes, le principe territorial.

(1) § 15. « Doch kommt es allen dennen, welche wegen auswärts begangenen Verbrechen innerhalb Landes bestraft werden sollen, zu statten, wenn die hiesigen Gesetze eine gelindere Strafe auf das auswärts begangene Verbrechen bestimmt haben. »

CHAPITRE IX

LE MOUVEMENT D'IDÉES EN FRANCE AU XVIIIe SIÈCLE

SOMMAIRE. — Persistance du point de vue monarchique, autoritaire. — Influence latente de la doctrine italienne des statuts qui se manifeste à nouveau, au début du XVIIIe siècle. — L'influence des philosophes.

En Allemagne, au XVIIe et au XVIIIe siècle, la restauration de la doctrine statutaire avait été favorisée par la situation politique : le morcellement des États, leur indépendance relative, l'esprit de libéralisme qui dominait leurs constitutions. — Or, la situation politique en France, au début du XVIIIe siècle, offre un aspect exactement opposé : unité, centralisation, autoritarisme. La mort de Louis XIV, auquel succède le régime turbulent de la Régence, prépare la fin de l'absolutisme monarchique; mais il faudra de longues années pour que les tendances libérales se manifestent. Malgré les protestations de La Bruyère, du Président Nicolas, de l'abbé Fleury, la procédure organisée par l'ordonnance de 1670 reste en vigueur, avec ses rigueurs et ses injustices. Jusqu'en plein XVIIIe siècle, elle trouvera, en Rousseau de Lacombe, Muyart de Vouglans et Jousse, ses apologistes et ses théoriciens. Dans les rapports avec l'étranger, une jurisprudence conforme à l'esprit de l'Ordonnance et à son article 1er maintient, pour seul criterium de la compétence criminelle, *l'intérêt de l'État*.

Néanmoins, ce serait une erreur de croire que le despotisme monarchique a éteint les recherches des juristes sur les conflits de compétence, et que la Doctrine italienne des statuts est tombée dans l'oubli. Dans le domaine des lois civiles, où le pouvoir politique n'est pas en jeu, il a fallu guider les tribunaux pour la solution

des conflits entre les coutumes : c'est la tâche où se sont employés de nombreux juristes du XVIIIe siècle, dont les noms ont été cités incidemment : Choppin, Louet, Charondas-le-Caron, Bouvot, Brodeau, Henrys, Challine, Ricard, Basnage, Renusson etc. Comme M. Lainé l'a définitivement prouvé (1), ils l'ont remplie, non pas en s'inspirant des idées féodales de d'Argentré, véritable anachronisme, et qui n'ont pas eu de succès immédiat en France, mais en consultant Bartole, qu'ils connaissent, ainsi que ses successeurs Français ou Italiens. Grâce à eux, les principes du droit romano-canonique sur la compétence, admis et développés par la doctrine italienne des statuts se sont transmis au XVIIIe siècle. C'est en s'appuyant sur ces principes que les criminalistes français, qu'on a désignés plus haut comme les théoriciens de la Grande Ordonnance, se sont efforcés de systématiser et de justifier les dispositions de cette ordonnance. Au début du XVIIIe siècle, une circonstance fortuite, le don fait au barreau du Parlement de Paris d'une bibliothèque riche en auteurs du XIVe au XVIe siècle a rallumé l'intérêt pour les recherches statutaires (2). Froland, dans ses *Mémoires*, dit qu'au cours des conférences qui eurent lieu, sur ce sujet, à la bibliothèque des avocats, on s'attacha à imaginer les moyens qu'il fallait mettre en œuvre pour distinguer la qualité et la portée d'un statut (3). « La plupart des opinions se déterminèrent à dire qu'en pareil cas il fallait mettre son application à développer quel avait été l'esprit du législateur en l'établissant, » ce qui est précisément la méthode de Bartole. Froland, d'ailleurs, n'est qu'à demi satisfait de cette réponse ; il ajoute : « Mais cette règle est-elle bien sûre encore? Dissipe-t-elle tous les nuages épais qui, de toutes parts, environnent notre matière? Et ne peut-on pas dire que nos opinants ont bien été d'avis que, dans le cas proposé, le jurisconsulte et le magistrat devaient employer tous leurs soins à découvrir l'esprit et l'intention du législateur, mais qu'ils n'ont pas marqué assez positivement le chemin qu'il fallait prendre pour parvenir à cette découverte sans s'égarer? » — C'est à trouver ce chemin que se sont efforcés, après Froland lui-même, ses illustres successeurs : Bouhier, Boullenois, et, en jurisprudence, Merlin. Leurs recherches, plus approfondies et plus étendues que celles de

(1) Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I (1888), p. 390 et suiv.

(2) Lainé, *Introduction*, t, I, p. 413-425.

(3) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 84. Cf. Lainé, *op. cit.*, t. II, (1892), p. 79.

leurs prédécesseurs du XVIIe siècle, puisqu'ils n'envisagent pas seulement les conflits entre coutumes, mais aussi les conflits entre lois d'États différents, ne se bornent pas non plus au conflit des lois civiles : c'est une théorie sur la délimitation des compétences pénales que l'on trouvera dans leurs écrits.

Le tableau du mouvement d'idées, en France, au XVIIIe siècle, serait assurément incomplet, si l'on ne faisait état des influences étrangères, favorisées par la circulation plus fréquente, par le développement des relations pacifiques, qu'atteste, notamment, la multiplication des traités d'extradition. De l'étranger revient la doctrine de d'Argentré, rajeunie, fortifiée du succès qu'elle a eu en Belgique et en Hollande, prête à triompher en France où l'esprit féodal, maintenu par la division persistante entre les coutumes, s'accroît du prestige faiblissant de la Royauté : à Boullenois, à Bouhier, à Merlin, si imbus qu'ils soient, en réalité, de la Doctrine italienne, elle impose son cadre rigide, singulier dans son application aux matières pénales : la division exclusive des statuts en *statuts réels* et *personnels*. De l'étranger se répand sur la France l'esprit humanitaire et internationaliste personnifié par Grotius. De l'étranger, enfin, viennent les idées libérales, qui, précisées et enrichies par le génie français, auront leur expression immortelle dans les écrits politiques de Montesquieu, de Voltaire et de Rousseau.

Dans le domaine du droit pénal international, si l'on voulait exprimer en quelques mots le trait dominant au XVIIIe siècle, c'est certainement du *progrès de l'idée de justice* qu'il faudrait parler. Or, l'idée de justice, c'était bien l'âme de la Doctrine italienne des statuts. Mais il n'y a pas eu, comme en Allemagne à la même époque, pour la solution des problèmes de compétence criminelle, un système scientifique, harmonieux et complet. Dans ce bouillonnement qui précède, et qui prépare l'éclat de la Révolution française, on aperçoit seulement des courants d'idées. Et ce sont ces courants qu'il faut se borner à suivre, en cherchant à prévoir ce qui prévaudra. Ainsi le problème de compétence apparaîtra sous un jour différent et comportera des solutions variables, suivant que l'on adoptera l'un ou l'autre des trois points de vue où se sont placés les auteurs :

le point de vue des criminalistes, conservateurs de la théorie étatique, qu'ils cherchent à fonder sur la tradition ;

le point de vue des internationalistes, où l'esprit de la doctrine italienne se combine, de façons diverses, avec le cadre imposé par d'Argentré ;

le point de vue des publicistes, dont les doctrines politiques donneront au problème de compétence une solution nouvelle et inattendue.

Section I

Le problème de compétence judiciaire d'après les criminalistes.

Sommaire. — L'ordonnance de 1670 est commentée par les criminalistes, Rousseau de Lacombe, Muyart de Vouglans et Jousse. — 1° *Infractions commises par des étrangers sur le territoire.* — Justification du principe territorial. — Compétence préférable du *judex loci.* — Cependant, Jousse admet la compétence subsidiaire du *judex domicilii*, dont la prévention est imparfaite. — Compétence exceptionnelle du *judex deprehensionis.* — Les auteurs excluent toute prorogation de la juridiction criminelle. — 2° *Infractions commises à l'étranger par des Français.* — Compétence personnelle fondée sur l'intérêt national. — Effets du domicile. — 3° *Infractions commises à l'étranger par des étrangers.* — Nationalité française de la victime ; ses conséquences. — Incompétence habituelle à l'égard des délits commis par des étrangers à l'étranger. — Exceptions.

« Toutes les lacunes de notre législation criminelle si incomplète, si décousue, tombant en ruines, écrit un juriste du XVIIIe siècle (1), sont, si je puis parler ainsi, bouchées de maximes des criminalistes ». Ce juriste constate un état de fait. A la fin du siècle de Louis XIV, le droit commun du Royaume, en matière pénale, est représenté par quelques dispositions des Ordonnances, qui visent le plus souvent des délits contre l'État. Le droit pénal contenu dans les coutumes est dépourvu d'unité, d'ailleurs peu important. Le reste est laissé au pouvoir arbitraire des juges, dont les abus sont célèbres. Même en ce qui touche la procédure, il s'est formé, dans l'application et l'interprétation de la grande Ordonnance, des coutumes, des jurisprudences locales, dont la diversité a soulevé les protestations de d'Aguesseau (2), et se constate encore à la fin du XVIIIe siècle. Mais ici il existe un Code, si laconique qu'il soit, et ce Code a permis une étude scientifique de la matière : « Jousse a écrit cela, dit encore Dupaty (3), et Jousse est l'esprit, la raison et la jurisprudence des tribunaux

(1) Dupaty, *Mémoire pour trois hommes condamnés à la roue* (1786), p. 156, cité par Esmein. *Histoire de la procédure criminelle*, p. 346.
(2) Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 329.
(3) Dupaty, *Mémoire pour trois hommes...*, p. 156.

du Royaume, oui, la jurisprudence. Le jurisconsulte Meynard ne disait-il pas, en traitant une question : les jurisconsultes ont ordonné? Et ils ont en effet ordonné, surtout dans la justice criminelle ».

C'est l'esprit de Pussort qui revit en Jousse. Les décisions de Jousse, et des criminalistes de son temps, s'incorporent à l'Ordonnance. Ils la défendent, et ils la commentent comme leur œuvre. Quand les principaux d'entre eux, *Rousseau de Lacombe*, *Muyart de Vouglans* et *Jousse* lui-même envisagent le problème spécial de la compétence pénale à l'égard des étrangers, ils le font dans le même ordre d'idées où se sont placés les auteurs de l'Ordonnance. Le désir qui les anime est de sauvegarder avant tout, par une répression rigoureuse, les intérêts de l'État. Et leur commentaire est, comme on le voit, un exposé systématique de la jurisprudence qui, au XVII[e] siècle, s'est formée sur la question.

Gui du Rousseau de la Combe, avocat au Parlement de Paris, publia sous le titre de *Traité des matières criminelles*, en 1740, une édition revue et complétée d'un ouvrage paru en 1732, avec la signature d'un de ses confrères, N. de Merville (1). Le Traité des matières criminelles eut plusieurs éditions, dont la sixième parut en 1769 (2). Rousseau de la Combe était mort vers 1745.

Pierre-François Muyart de Vouglans, avocat au Parlement de Paris, fit paraître en 1757, sous le titre d'*Institutes au droit criminel*, avec un « *Traité particulier des crimes* » le premier volume d'un commentaire de l'ordonnance de 1670 (3).

Jousse (1704-1781) auteur d'un *Traité de la justice criminelle*, dont la première édition, en quatre volumes, parut en 1771, dépassa par l'abondance de sa documentation, par la vigueur et la précision de son style, par son influence, tous ses prédécesseurs (4). Il fut, pour le droit pénal de l'ancien régime, ce que fut Pothier pour le droit civil. Il s'est occupé, plus que n'avaient fait ses contemporains, des questions de droit international.

Nous conformant à l'ordre habituellement suivi par ces auteurs, nous envisagerons successivement : les infractions commises sur le territoire; celles qui sont commises par un national à l'étranger; celles qui sont commises par un étranger à l'étranger.

(1) Cf. la préface de Jousse, *Traité de la justice criminelle*, Paris, 1771.

(2) On le citera d'après l'édition suivante : *Traité des matières criminelles*, suivant l'ordonnance du mois d'août 1670, et les édits, déclarations du roi, arrêts et règlements intervenus jusqu'à présent, 7[e] édit., 1788.

(3) On citera l'édition suivante : Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel* avec un *Traité particulier des crimes*, Paris, 1767.

(4) On citera l'édition suivante : Jousse, *Traité de la justice criminelle*, Paris, 1771, en 4 vol. in-4°, t. I.

Le principe de la compétence territoriale est admis unanimement. Les juridictions françaises sont appelées à connaître de toutes infractions commises en France. Cela résulte du titre 1, article 1 de l'Ordonnance de 1670 : *La connaissance des crimes appartient aux juges des lieux où ils ont été commis*. Trois raisons en sont données (1).

C'est « afin d'avoir plus facilement la preuve du crime qui se fait, et plus promptement et à moins de frais, sur les lieux ».

C'est « parce que la tranquillité et l'ordre public ayant été troublés dans l'endroit où le délit a été commis, et l'offense ayant été faite principalement aux magistrats de ce lieu, auxquels la vengeance des crimes a été confiée, il est juste que ce soit à eux à en faire la punition ».

C'est enfin « parce qu'il est de l'intérêt public que les crimes soient punis dans l'endroit où ils ont été commis, à cause de l'exemple : afin d'empêcher les autres de tomber dans de semblables crimes, par la crainte d'un pareil châtiment ».

Telle est la justification du principe de la compétence territoriale. Son application est indépendante de la nationalité des parties. Elle a lieu même si l'accusateur ou l'accusé est étranger, même si aucun des intéressés n'est Français, du moment que l'infraction a eu lieu en France : « La qualité d'étranger, dit Rousseau de Lacombe (2), ne peut fournir un moyen d'incompétence, parce que les étrangers venant en France sont sujets aux lois du Royaume, et pour la transgression en doivent subir la peine qui n'a été ordonnée que pour la conservation de ceux qui vivent sous les lois, regnicoles ou étrangers ». Si l'accusateur est étranger, il est tenu de fournir caution (3). Si l'accusé est étranger, et s'il s'agit d'un crime d'État « on a coutume, dit Jousse (4), d'avertir le souverain

(1) Jousse, *op. cit.*, IIe part., tit. II, sect. II, *De la compétence des juges par rapport au domicile de l'accusé*, n° 19, p. 417-418. — Cf. Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, IIe part., chap. I, n° 34, p. 121 : « Il n'y a point de difficulté que si l'étranger a commis le crime dans le Royaume, il y doit être puni par les juges et suivant les lois du royaume, comme étant le lieu du délit, auquel est dûe la réparation et vindicte publique pour servir d'exemple.... » et Muyart de Vouglans, *op. cit.*, chap. II, p. 123 : « C'est par le lieu du délit que se règle principalement la compétence en matière criminelle, et cela tant à cause de la nécessité de l'exemple et de la consolation particulière de ceux qui ont souffert du crime que pour la plus grande facilité des preuves ».

(2) Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, IIe part., chap. I, n° 34, p. 121.

(3) Muyart de Vouglans, *op. cit.*, chap. Ier, *Des devoirs de l'accusateur en général*, 4°, p. 35.

(4) Jousse, *op. cit.*, part. II, tit. II, sect. IV, n° 30, p. 422.

de l'accusation dont est prévenu son sujet. On lui mande d'envoyer de sa part des personnes pour en venir prendre connaissance et assister à la poursuite du crime; et quelquefois même on lui envoie le procès pour le voir avant que d'y prononcer (1) ».

L'application du principe territorial est indépendante de la procédure. Même si le procès est engagé *per accusationem*, c'est entre les mains du *judex loci* que la personne lésée par le délit doit déposer sa plainte. Si, après l'information, au lieu de procéder au règlement à l'extraordinaire, on *civilise* le procès, il semble que, par application de l'adage traditionnel en matière civile : *Actor sequitur forum rei*, le *judex loci* devrait être dessaisi au profit du juge du domicile. Or, il n'en sera rien. « En cas de civilisation, dit Rousseau de Lacombe (2), le juge n'est point obligé de se dépouiller de la connaissance d'une action qui, dans son origine, a été de sa compétence; il serait même absurde, on l'ose dire, de prétendre un renvoi devant un juge quelquefois bien éloigné. » Le *judex loci* peut être saisi en l'absence de l'inculpé, et le jugement sera prononcé par contumace. C'est ainsi qu'en 1731, au témoignage de Rousseau de Lacombe (3), on fit le procès extraordinaire, au Chatelet de Paris, à un Hollandais, comme complice d'un crime capital commis, sur son ordre, par son valet en France; par arrêt du Parlement, intervenu sur appel de la sentence, le valet fut condamné à la roue et exécuté, le maître à la même peine, mais *par contumace*.

L'application du principe territorial est indépendante de la qualité du juge. Sans doute, il existe des privilèges de juridiction *personnels*, dont jouissent notamment les ducs et pairs, les officiers du Parlement, qui ne sont justiciables que du Parlement, toutes

(1) Cf. à ce sujet les idées d'Ayrault, *suprà*, p. 232, note 5.

(2) Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, seconde partie, chap. 1er, n° 8, p. 108 : « L'on tient communément qu'en matière de simples injures, c'est le juge du domicile du délinquant qui en doit connaître, et non le juge du lieu où les injures ont été dites et proférées. Mais il faut distinguer. Si l'on agit par *la voie de la plainte*, elle doit être rendue devant le juge du lieu où les injures ont été proférées; et en cas de civilisation, comme il est de règle en ce cas, ce juge n'est point obligé de se dépouiller de la connaissance d'une action qui, dans son origine, a été de sa connaissance... Si, au contraire, l'injurié se pourvoit simplement *par la voie d'action et d'assignation*, l'action doit être intentée devant le juge du lieu du domicile du défendeur, suivant la règle : *Actor forum rei sequitur* ».

(3) Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, IIe part., chap. 1er, n° 34, p. 121.

chambres assemblées (1). Mais le ressort des juridictions extraordinaires (lieutenants généraux des bailliages, juges des eaux et forêts, juges des élections et des gabelles, etc.) est fixé *territorialement* comme celui des juridictions ordinaires, seigneuriales ou royales (2). Une Déclaration royale du 5 février 1731, en vue d'assurer une répression plus rapide, permet et enjoint à tous juges du lieu du délit, *royaux ou autres*, d'informer, décréter, interroger, pour tous crimes dont ils auraient connaissance, *à charge d'en avertir incessamment les baillis et sénéchaux royaux, dans le ressort desquels ils exercent leur justice* (3). La compétence des juges d'Église s'est trouvée progressivement restreinte par l'extension des cas royaux (4). Sauf quelque diversité des coutumes (5), parmi les justices seigneuriales, les hautes justices connaissent seules des matières pénales. Encore les affaires graves sont-elles toutes réservées aux officiers royaux. Les juges royaux du degré supérieur (baillis et sénéchaux) peuvent se saisir directement de toute affaire criminelle dont le juge ordinaire du lieu a omis de connaître, en s'abstenant d'informer et de décréter dans un délai de trois jours à partir de la commission de l'acte (6). Ainsi, la détermination du tribunal varie avec la nature de l'affaire, son importance, l'exercice du droit de prévention. Mais toujours, dans le réseau compliqué des juridictions de la monarchie, c'est le lieu du délit qui fixe, d'abord, la compétence.

Cependant, l'application du principe territorial comporte une

(1) Muyart de Vouglans, *op. cit.*, chap. II, p. 123.

(2) Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, IIe part., chap. I, n. 5 et 6, p. 106 et 107; Muyart de Vouglans, *op. cit.*, chap. II, p. 122.

(3) Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, IIe part., chap. I, n. 3, p. 105; Muyart de Vouglans, *op. cit.*, chap. II, p. 125.

(4) C'est ainsi que le vol fait avec effraction dans une église constitue un cas royal (Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, IIe part., chap. I, p. 104).

(5) Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, IIe part., chap. I, n° 2, p. 104 : « ... Nous avons cependant quelques coutumes en France qui donnent aux moyennes justices la correction de quelques crimes, et le pouvoir d'infliger les peines qui peuvent y être appliquées, comme l'admonition, le blâme, le fouet ou un bannissement à temps, mais non perpétuel, ni les galères, soit à temps ou à perpétuité, ni la question, et jamais la mort ».

(6) Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, IIe part., chap. I, n° 27, p. 118 : « C'est, dit l'auteur, ce qui s'appelle plutôt et plus ordinairement dévolution pour cause de négligence et à titre de bien public, que prévention ». L'auteur admet, par interprétation de l'art. 7 de l'Ordonnance, qu'un simple *décret* non encore suivi d'exécution, suffit à établir la compétence de l'officier royal ordinaire. Il se contente d'une *preventio verbalis*.

limitation. Si l'on excepte la compétence des juges extraordinaires qui se règle toujours, dit Jousse (1), par le lieu du délit, la compétence du *judex loci* souffre la compétence concurrente d'autres juges. Non, assurément, que ces diverses compétences soient mises sur un pied d'égalité. Lorsqu'un *judex loci*, d'ailleurs qualifié pour connaître d'une affaire, en est saisi le premier, la connaissance ne saurait désormais lui en être ôtée : *sa prévention*, dit Jousse, *est parfaite* (2). Au contraire, lorsqu'un juge différent a décrété, ou a reçu la plainte de la victime, sa compétence ne s'exercera efficacement que si la *remissio*, obligatoire au profit du *judex loci*, n'est pas exigée par ce dernier. *Sa prévention est imparfaite.*

Qu'on envisage, en premier lieu, le juge du domicile. « Le juge du domicile d'un accusé, dit Jousse (3), peut aussi connaître des crimes de cet accusé, quoique commis hors l'étendue de sa juridiction ». Sa compétence se fonde, d'abord, sur le texte de la Grande Ordonnance (4) et des Edits antérieurs, puis sur la *communis opinio* des auteurs italiens, et sur la règle : *Actor sequitur forum rei*. Il suit de là, en premier lieu, que le domicile dont il s'agit est celui de l'inculpé au temps de la plainte, et non pas au temps du délit (5). Il en résulte, en second lieu, que la compétence du *forum domicilii* s'exerce « non seulement sur la plainte de la partie offensée, mais encore d'office ou sur accusation de la partie publique (6) ». En effet, dit Jousse, qui fait intervenir assez curieusement ici, pour régler les rapports entre des provinces, l'idée que Clarus avait proposée, plus justement, pour les rapports entre des Etats, « il est intéressant pour la République et les Magistrats préposés pour l'administration de la Justice, de purger la *Province* des citoyens qui la déshonorent par leurs crimes, ou du moins de les punir de quelques peines exemplaires ». Des autorités citées il résulte enfin que la compétence du *judex domicilii* est *subsi-*

(1) Jousse, Ire part., tit. II, Chap. I, Sect. II, n° 26.

(2) Jousse, *op. cit.*, IIe part., tit. II, chap. III, Sect. I. *De la prévention parfaite*. Cf. Rousseau de Lacombe, IIe Part., Chap. I, n. 7, p. 107.

(3) Jousse, *op. cit.*, part. II, tit. II, chap. I, Sect. II, n° 16, p. 416.

(4) Voir cependant *suprà*, p. 247. Dans la pensée véritable des auteurs de l'Ordonnance, la compétence du *judex domicilii* ne pouvait se fonder que sur une prorogation volontaire; elle était spéciale à la procédure *per accusationem*. L'interprétation de Jousse est dominée, sur ce point, par la Doctrine italienne.

(5) Jousse, *op. cit.*, IIe part., tit. II, chap. I, sect. II n° 16, p. 417.

(6) Jousse, *loc. cit.*

diaire. On exceptera quelques infractions spéciales : ainsi l'adultère, qui ne peut être poursuivi que devant le juge du domicile du mari, parce qu'il n'est point un crime public (1); on exceptera, dans le même ordre d'idées, tous les cas où la poursuite est intentée civilement : alors la règle *Actor sequitur forum rei* s'applique seule (2). Ces réserves faites, il est constant que « le juge du domicile ne connaît des crimes commis hors son ressort par l'accusé qu'à la charge de renvoi devant le juge du lieu du délit, en cas qu'il en soit requis » (3). — Par qui peut-il être requis? Par le *judex loci* sans doute. Mais peut-il l'être aussi par la partie civile? Par l'accusé? Sur ce point, il y a des divergences entre les auteurs (4), et il est probable que la difficulté était résolue diversement suivant les coutumes. Ce que tous décident, c'est que le renvoi qui doit être demandé *in limine litis*, s'il se fonde sur un privilège personnel (5), peut être exigé en tout état de cause, au profit du *judex loci* (6). C'est qu'alors la question de compétence intéresse l'ordre public.

Qu'on envisage, ensuite, le juge du lieu d'arrestation, le *judex deprehensionis.* Sa compétence se fonde sur les mêmes autorités que la précédente. Elle est admise sans difficulté pour les délits successifs ou continus, le vol, le rapt, l'hérésie (7) à l'égard des-

(1) Jousse, *op. cit.*, IIe part., tit. II, chap. I, sect. II, n. 23, p. 419, qui ajoute : «... Il en serait autrement, si le mari favorisait la débauche de sa femme; car alors, cela formerait un crime public, dont la poursuite pourrait se faire devant le juge du lieu du délit ».

(2) Jousse, *op. cit.*, IIe part., tit. II, chap. I, sect. II, n. 22. p. 419.

(3) Ordonnance de 1670 tit. I, art. 1; Jousse, *op. cit.*, IIe part., tit. II, chap. I, sect. II, n. 18, p. 417; cf. Rousseau de Lacombe sec. partie, chap. I, n° 10.

(4) Rousseau de Lacombe (*op. cit.*, IIe part., chap. I, n. 10, p. 108 et suiv.). admet que le renvoi peut être demandé « par l'accusé, par le substitut de M. le Procureur général ou le Procureur fiscal du lieu où le crime ou délit a été commis ». — Jousse, au contraire (*op. cit.*, IIe part., tit. II, chap. I, sect. II, n. 18, p. 417 et suiv.) dit qu'il ne suffirait pas que le renvoi fût demandé par l'accusé. Il se fonde sur le tit. I, art. 6, aux termes duquel « s'il n'y a point de partie civile, le prisonnier sera transféré aux frais du Roi ou des seigneurs. Car si le renvoi pouvait être demandé par l'accusé, les frais de ce renvoi et ceux du transport devraient être payés par lui, du moins quand il le peut, comme il est établi dans tous les cas où il se fait quelque procédure en faveur de l'accusé ».

(5) Muyart de Vouglans, *op. cit.*, chap. II, p. 124.

(6) Muyart de Vouglans, *loc. cit.*; Jousse, *op. cit.*, IIe part., tit. II, chap. I, sect. II, n. 20, p. 419.

(7) Jousse, *op. cit.*, IIe part., tit. II, chap. I, sect. III, n. 28 (pour le vol); sect. I, n° 10, p. 414 et suiv (pour le rapt): sect. II, n. 25, p. 419 et suiv. (pour l'hérésie).

quels le *forum deprehensionis* se confond avec le *forum delicti*. Elle est admise, sans difficulté aussi, pour les vagabonds qui n'ayant de domicile réel nulle part, sont réputés le transporter avec eux, si bien qu'il faut considérer le lieu de leur capture; le *forum deprehensionis* se confond alors avec le *forum domicilii* (1). Elle est admise, enfin, pour des catégories de malfaiteurs dangereux, les assassins et voleurs de profession (2). Dans tous ces cas, il va sans dire que la compétence du *judex deprehensionis*, très subsidiaire, s'efface devant la *remissio* exigée par le *judex delicti*. D'ailleurs, Jousse, s'inspirant de la coutume de Bretagne, admet qu'à l'égard de toutes sortes d'infractions le juge du lieu de capture peut instruire et juger, s'il a offert, sans succès, la *remissio* à l'un des juges dont la compétence est préférable à la sienne (3).

Qu'on suppose enfin l'affaire portée devant un juge qui n'est ni le *judex loci*, ni le *judex domicilii*, ni le *judex deprehensionis*. Ce juge est incompétent. Mais son incompétence est-elle absolue, d'ordre public, si bien qu'il doit se dessaisir d'office? Peut-elle au contraire être couverte par le consentement des deux parties? Question traditionnelle (4) mais encore controversée, en jurisprudence et en doctrine. L'opinion dominante s'est prononcée pour la première solution. Elle est représentée par Rousseau de Lacombe, qui cite un arrêt du 28 février 1678 (5); par Muyart de Vouglans, appuyé sur l'article 1, titre X de l'Ordonnance de 1667 (6); et sur-

(1) Jousse, *op. cit.*. IIe part., tit. II, chap. I, sect. III, n. 27.

(2) Jousse, *op. cit.*, IIe part., tit. II, chap. II, sect. III, n. 28.

(3) Jousse, *op. cit.*, IIe part. tit. II, chap. I, sect. III, n. 29. Il a soin d'excepter le cas « où le juge qui aurait arrêté l'accusé serait entièrement incompétent pour connaître de ce crime, par la nature du délit ».

(4) Voir plus haut, p. 130, 183, 247, 252, 254.

(5) Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, IIe part. chap. I, n. 10 : « Il y en a aussi qui prétendent qu'un juge qui n'a aucune aptitude à devenir compétent, et quand son incompétence est évidente et notoire, doit renvoyer l'affaire sans en être requis; et pour soutenir ce sentiment, l'on se fonde sur un arrêt du 28 février 1678, par lequel le lieutenant-criminel de Saumur, ayant enlevé un accusé des prisons du juge seigneurial de Doue, instruit le procès et jugé, le seigneur de la justice de Doue étant intervenu au procès au Parlement, la Cour a déclaré nulle la sentence du lieutenant-criminel de Saumur, et ordonné que le procès serait fait de nouveau par le juge de Doue, aux frais et dépens du lieutenant-criminel de Saumur ».

(6) Muyart de Vouglans, *op. cit.*, chap. II, p. 124 distingue entre « l'incompétence qui vient du privilège de l'accusé, et celle qui vient du défaut de pouvoir du juge, comme lorsqu'il n'est ni le juge du lieu du délit, ni celui du domicile ou de la capture de l'accusé, ou qu'il s'agit de cas royaux. Au premier

tout par Jousse, qui exclut, en matière criminelle, la prorogation de juridiction, et se fonde sur l'article 3, titre 25 de l'Ordonnance de 1670 (1).

Les règles qu'on vient d'emprunter aux principaux criminalistes français du XVIIIe siècle constituent un système complet pour la solution des conflits entre les juridictions pénales du Royaume. Ce système est extrait, quant aux points essentiels, de l'Ordonnance de 1670. Il est conforme à la tradition romaine, conservée et représentée par les Docteurs italiens. Cet accord ne saurait surprendre, puisque les solutions consacrées d'abord par le Code de Justinien étaient faites, comme les dispositions de l'Ordonnance, pour un État centralisé et autoritaire. Les règles exposées s'appliquent à toutes infractions commises dans les limites du Royaume, quel que soit l'agent. Pour le délinquant étranger, comme pour le Français interviendra, dans les conditions indiquées, la triple compétence du *judex loci*, du *judex domicilii* — si l'inculpé a son domicile en France — et enfin du *judex deprehensionis*.

La question que soulèvent *les infractions commises à l'étranger* est plus délicate. Ici, en effet, l'Ordonnance est restée muette. Or

cas, le renvoi doit être demandé *in limine litis*... Au second cas, *où l'acquiescement des parties ne peut rendre le juge compétent*, non seulement l'incompétence peut être opposée en tout état de cause, mais les juges ne doivent pas même attendre à faire le renvoi qu'ils en soient requis par les parties... » Cependant l'auteur ajoute qu'en matière criminelle l'article cité de l'Ordonnance de 1667 « ne s'observe pas avec la même rigueur, à cause de l'intérêt public qui demande qu'on s'assure promptement de la preuve du crime ». Il oppose à l'arrêt de 1678 d'autres arrêts « qui se sont contentés de réformer les jugements sans casser les procédures » ; il signale enfin que cette dernière solution souffre moins de difficulté depuis l'Ordonnance de 1731 (ci-dessus, p. 357).

(1) Jousse, *op. cit.*, IIe part., tit. II, chap. I, sect. V, sous le titre « *Si un juge qui n'est juge ni du lieu du délit, ni du domicile de l'accusé peut devenir compétent par le consentement des parties* », après avoir rappelé que la prorogation de juridiction criminelle était admise par Clarus et par Farinacius ajoute : « En France, cette prorogation de juridiction n'a pas lieu ». — La prorogation volontaire de juridiction criminelle était admise, on s'en souvient (*suprà*, p. 130) par Jacobus de Bellovisu et Johannes d'Andreas. Nous avons cherché vainement une décision formelle, dans les écrits de Farinacius et de Clarus, qui pût être invoquée dans le même sens. Farinacius cite l'opinion de divers auteurs pour qui le *judex deprehensionis* peut être valablement saisi par l'accusation de la partie lésée. Cette opinion procède d'un rapprochement avec la situation du *debitor fugitivus*. Mais Farinacius n'admet pas ce rapprochement (*suprà*, p. 183).

il s'élève, entre la tendance monarchique, caractérisée par la jurisprudence du XVIIe siècle, et la tradition romano-italienne, une incontestable dualité de points de vue. Cette divergence que les auteurs n'ont ni clairement aperçue, ni formulée, explique l'embarras ou l'incohérence de leurs solutions.

Elle se présente, d'abord, *quand l'auteur de l'infraction est un Français*. Tous les auteurs admettent — et la solution, en jurisprudence, était constante — que les tribunaux français sont qualifiés pour en connaître. Rousseau de Lacombe dit (1) que « *si l'accusé est Français, il ne peut décliner ses juges naturels*, et conséquemment l'étranger est bien fondé d'en demander la réparation, quoique le délit ait été commis hors du Royaume ». Jousse écrit (2), dans le même sens : « Il n'y a aucune difficulté que le Français ne puisse être poursuivi en France, pour raison de crime par lui commis, quoique en pays étranger, *les juges de France étant les juges du domicile du coupable*; *et cela rentre dans le cas de la règle générale établie ci-dessus, touchant la compétence du juge du domicile en matière criminelle* ».

Ici, la confusion est manifeste. Dans le raisonnement de Jousse, la conclusion se dégage mal des prémisses. Sans doute il est conforme à la tendance monarchique que les tribunaux français connaissent de toutes infractions commises à l'étranger par des Français, car le Roi est intéressé à la bonne conduite de *tous ses sujets*. Mais la règle générale, la règle romaine à laquelle il est fait allusion, est celle qui donne compétence au *juge du domicile*. Le « juge naturel » n'est pas le juge national, c'est le juge du domicile. Si donc l'infraction commise à l'étranger a pour auteur un Français domicilié à l'étranger, ou encore un étranger domicilié en France, quelle sera la solution ?

La réponse n'est pas douteuse. Rousseau de Lacombe et Jousse admettent certainement — l'absence de toute distinction en est la preuve — que les tribunaux français connaissent de toutes infractions commises par des Français, même domiciliés à l'étranger. Mais Jousse dit, formellement (3), que l'étranger domicilié en

(1) Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, IIe part., chap. I, n. 34, p. 121.

(2) Jousse, *op. cit.*, IIe part., tit. II chap. I, sect. IV, n. 36, p. 424.

(3) Jousse, *op. cit.*, IIe part., tit. II, chap. I, sect. IV, n. 32 : « Si cet étranger est venu fixer son domicile en France, il est sans difficulté qu'il peut être poursuivi devant le juge de son domicile, pour raison du délit par lui commis, suivant la règle établie ci-dessus; et il en est de même si cet étranger est

France aura à répondre, devant le juge de son domicile, de l'infraction qu'il a commise à l'étranger; il ajoute même (1) que la compétence de ce juge ne cédera pas devant la demande en *remissio* formée par le juge étranger, qui est le *judex loci*; sa prévention est « parfaite ». Ces solutions, d'ailleurs, ne sont pas nouvelles. Elles étaient consacrées par la jurisprudence antérieure (2). Mais, comme elles procèdent de systèmes juridiques tout différents — l'une inspirée par l'intérêt de l'État, l'autre dictée par la règle traditionnelle : *Actor sequitur forum rei* — comme elles excluent toute unité de conception quant aux effets de la nationalité et du domicile, elles sont incohérentes.

La divergence entre la tendance monarchique et la tradition italienne apparaît plus nettement encore, lorsqu'il s'agit d'infractions commises *par un étranger contre un Français*. Dès la fin du XVIe siècle, l'idée d'une protection nécessaire des intérêts français avait prévalu en jurisprudence. Ainsi s'explique l'arrêt rendu le 18 mai 1577 par le Parlement de Paris, qui a reconnu la compétence des juridictions françaises à l'égard d'un meurtre commis à Bologne, par un Italien, sur la personne d'un gentilhomme français (3). Rousseau de Lacombe rappelle cette décision, et l'approuve (4). C'est le point de vue monarchique dont il s'inspire. — Or, on se souvient que cet arrêt de 1577 a été rendu contrairement à l'avis d'Ayrault, imbu de la tradition classique : l'idée d'une compétence personnelle fondée sur l'*origine de la victime* répugne, comme on sait, à la doctrine italienne. Ayrault, s'il n'ose heurter de front la décision de la juridiction supérieure qui a réformé la sienne, en détourne la signification, en supprime la valeur, en l'expliquant par les circonstances, qu'il juge exceptionnelles, de la cause. Eh bien ! L'argumentation d'Ayrault a produit sur Jousse le plus grand effet. Lui, non plus, ne veut pas que la nationalité de la victime ait pu avoir

fugitif dans le Royaume ; car alors il est dans le cas d'un vagabond qui n'ayant aucun domicile, peut-être poursuivi devant le juge du lieu où il est trouvé ».

(1) Jousse, *op. cit.*, IIe part., tit. II, chap. I, sect. II, n° 20, p. 419 : « Quand le renvoi peut être requis par le juge du lieu du délit, il peut être demandé en tout état de cause; mais si ce juge était d'un autre Royaume, il n'y aurait pas lieu au renvoi; et même le juge saisi de l'accusé pourrait connaître du crime, pourvu que ce juge saisi fût d'ailleurs compétent; v. gr. ***s'il était juge du domicile de l'accusé, ou du lieu de la capture.*** »

(2) Voir ci-dessus, p. 237.

(3) Voir ci-dessus, p. 233.

(4) Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, IIe part., chap. I, n. 34, p. 121.

le moindre effet sur la compétence des juridictions françaises (1). Ainsi, le choc de la tradition monarchique et de la Doctrine italienne a déterminé, entre les principaux criminalistes français du XVIIIe siècle, sur la question qui nous occupe, une très nette opposition.

S'agit-il enfin d'infractions commises à l'étranger, entre étrangers? Ici encore, la divergence des points de vue est manifeste. A l'égard de délits commis hors de France, où les intérêts de l'État français et de ses ressortissants ne sont nullement en jeu, la doctrine monarchique affirme l'incompétence absolue des juridictions françaises. Sous le bénéfice d'une restriction concernant l'emploi de la procédure accusatoire — sur la portée de laquelle il y aura lieu de revenir — telle est bien la solution qu'au XVIIe siècle l'avocat général Talon a fait adopter par le Parlement de Paris (2). A cette solution s'oppose exactement la solution qui est le dernier mot de la Doctrine italienne (3). Si la compétence du *judex deprehensionis* est reconnue dans les rapports de droit interne, pourquoi ne serait-elle admise aussi en droit international? Elle est imposée, avec une égale force, par la nécessité d'assurer la répression. Elle est imposée, surtout, si la *remissio* n'a pas lieu au profit du *judex loci* étranger. Or, sur ce dernier point, la pratique négative des cités italiennes, rapportée par Clarus, Farinacius, etc., ressemble singulièrement à l'usage du XVIIIe siècle, attesté par Jousse (4).

Prisonniers de la jurisprudence antérieure, sensibles néanmoins à l'idée de justice qui inspire toute la doctrine italienne, nos criminalistes français se trouvent dans un singulier embarras. Cet embarras se trahit par la variété, et — il faut bien le dire — par la faiblesse de leurs argumentations.

(1) Jousse. *op. cit.*, IIe part., tit. II, chap. I, sect. IV, n. 33, p. 423 : « Cette question souffrit beaucoup de difficulté, comme on peut le voir dans Ayrault, t. I, IVe part., n. 10 et suiv. où cet auteur prétend que sans quelques circonstances particulières qui furent relevées par M. de Thou, alors avocat général, on aurait dû juger le contraire. Ces circonstances étaient que les témoins qui, lors de la sentence étaient a Bologne, arrivèrent en France lors de l'arrêt ; la seconde, qu'il semblait que l'accusé eût abandonné son pays pour s'habituer en France ; et la troisième, que cet étranger avait, depuis son crime, commis un nouveau délit en France ».

(2) V. ci-dessus, p. 252.

(3) V. ci-dessus, p. 183.

(4) V. ci-dessus, p. 363, n. 1.

Rousseau de Lacombe signale [1] la contradiction apparente entre deux arrêts de Parlements : celui du Parlement de Paris, du 13 février 1671 qui a jugé et condamné deux Italiens de Sienne pour un vol commis à Venise au préjudice d'un marchand Arménien; celui du Parlement de Provence, du 19 janvier 1672, qui a renvoyé à Gênes, pour y être jugé, un Génois accusé d'un vol commis dans cette ville, au préjudice d'un autre Génois.

Rousseau de Lacombe ne paraît pas avoir connu l'explication toute simple, par laquelle, bien avant lui, on avait résolu cette contradiction apparente : c'est que, dans la première espèce, les objets dérobés ayant été exposés à Paris, le vol était réputé avoir eu lieu dans cette ville [2]. Il donne une autre explication, plus compliquée. Dans la seconde espèce, dit-il, le renvoi était requis par le juge de Gênes, qui était le *judex loci*, qui était, en outre, le *juge du domicile des deux parties, leur juge naturel* : il fallait donc qu'il fût accordé [3]. Dans la première, les juges de Venise n'étaient point les juges naturels des parties; d'ailleurs, celles-ci étaient de différents États; le renvoi était requis devant des juges incompétents : *il fallait donc nécessairement les juger* [4].

Ainsi, le *juge naturel*, pour Rousseau de Lacombe, n'est pas, comme on aurait pu le croire, le juge du lieu du délit; ce n'est pas même le juge du domicile de l'inculpé : seul, le juge du domicile *des deux plaideurs* mérite cette qualification, et peut, en conséquence, obtenir la *remissio*. Pour rencontrer une interprétation semblable, c'est au Moyen âge des communes françaises, brabantines ou allemandes qu'il faut remonter [5]; alors, en effet, de nombreuses dispositions du droit des villes réservaient aux juri-

(1) Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, sec. part., chap. I, n. 35, p. 121 et suiv.

(2) Voir ci-dessus, p. 255, n. 3.

(3) Rousseau de Lacombe, *loc. cit.* « En la seconde espèce, l'accusé et l'accusateur étaient sujets des juges de la République de Gênes, où le délit avait été commis; de sorte que, ce crime n'ayant point été commis en France, et le renvoi étant requis par devant les juges naturels des parties, et juges du lieu du délit, cette considération a pu servir de motif à l'arrêt du Parlement de Provence, fondé sur le droit des gens, en rendant ce qui est dû à qui il appartient. »

(4) Rousseau de Lacombe, *loc. cit.* : « Les juges de la seigneurie de Venise n'étant point les juges naturels des parties, le renvoi était requis devant des juges incompétents; on ne pouvait donc y avoir égard : aussi n'était-il pas possible de les envoyer en leur pays pour les juger, puisqu'ils étaient de différents États; il fallait donc nécessairement les juger, encore qu'ils fussent étrangers, particulièrement lorsqu'on ne peut les renvoyer par devant leurs juges naturels ».

(5) V. ci-dessus, p. 198, n. 1; p. 266, n. 1; p. 328, 329.

dictions municipales la connaissance des litiges de nature pénale intervenus entre deux membres de la cité. Cette solution repose sur le lien réel créé par le domicile ; elle appartient donc au droit *féodal*. Désireux d'abriter contre un reproche d'incohérence une jurisprudence qu'il respecte, pénétré d'un principe d'équité que cette jurisprudence n'a pas connu, mais qu'il a puisé dans la Doctrine italienne, Rousseau de Lacombe n'a trouvé qu'un moyen de justifier cette jurisprudence, et de résoudre ces contradictions : il a fait revivre une règle du droit féodal.

L'argumentation de Jousse n'est pas moins suggestive. L'arrêt qu'il commente (1) est l'arrêt du Parlement de Paris, du 14 août 1632, qu'ont déterminé les conclusions de l'avocat-général Talon. Respectueux, lui aussi, de la jurisprudence antérieure, il admet, avec Talon, qu'au lieu d'arrestation la poursuite ne peut être intentée *per viam inquisitionis* « parce que le crime a été commis hors du Royaume, en pays étranger, et par des étrangers, sur lesquels les Gens du Roi n'ont point de juridiction ni d'intérêt, le Roi ni ses sujets n'ayant point été offensés (2). » Il se montre aussi restrictif que Talon, quant aux conditions de l'extradition (3).

Mais, pénétré, comme Talon l'avait été, dans une certaine mesure, par la doctrine italienne, il admet avec lui qu'au lieu d'arrestation, la poursuite peut être entamée, *per viam accusationis* (4).

Il ajoute que si l'étranger a son domicile en France, le juge de ce domicile peut agir, *per inquisitionem*, comme *judex domicilii*. De plus, à l'égard des vagabonds, le *judex deprehensionis* est, on le sait, assimilé au *judex domicilii*.

Il remarque enfin, que, pour les délits successifs, tels que le vol, le *judex deprehensionis* peut quelquefois être regardé comme le *judex delicti*, et il rétablit la véritable interprétation,

(1) Jousse, *op. cit.*, II part., tit. II, ch. I, sect. IV, n° 41, p. 425 et suiv.

(2) Jousse, *loc. cit.*

(3) Jousse, *loc. cit.* : « Pour pouvoir demander ce renvoi, il faut le concours des quatre conditions suivantes : la première, qu'il s'agisse d'un crime atroce, qui exige une réparation publique ; la seconde que le lieu du délit ne soit pas litigieux entre les souverains... ; la troisième condition est que ce renvoi soit demandé peu de temps après le crime commis ; car si on demeurait plusieurs années sans demander ce renvoi, et qu'on attendit que l'étranger fût domicilié en ce Royaume, et y eût établi sa fortune, alors on ne devrait point accorder le renvoi ; parce que *ce serait soumettre un véritable sujet du Roi à une domination étrangère* ; la quatrième condition enfin est que le renvoi ne doit pas être accordé en la forme ordinaire... »

(4) Jousse, *loc. cit.*

méconnue par Rousseau de Lacombe, de l'arrêt du 13 février 1671 (1).

Jousse a donc certainement obéi à la tendance d'élargir, en droit international, la compétence du *judex deprehensionis*. Il la rapproche des limites qu'elle atteint en droit interne. Mais asservi, sur ce point, à l'opinion de Talon, il n'est pas allé jusqu'à dire, avec Rousseau de Lacombe, que si le délinquant ne peut être remis à une juridiction étrangère « il faut nécessairement le juger ».

La doctrine, en droit pénal international, de nos criminalistes du XVIII[e] siècle, est un modèle de science, d'ingéniosité et d'incohérence.... Elle est un essai de transaction entre des tendances qui se combattent. Elle veut faire une part à la tradition monarchique dont elle est prisonnière, à la doctrine italienne dont elle comprend la haute inspiration ; accidentellement, elle fait quelques concessions aux idées féodales. Tel est le secret de sa faiblesse. Abstraction faite des événements politiques qui l'ont réduite à néant, elle est restée, comme on le verra, sans influence sur la jurisprudence du XVIII[e] siècle finissant.

SECTION II

Le problème de compétence législative d'après les internationalistes.

SOMMAIRE. — L'esprit de la doctrine italienne revit chez les internationalistes. — 1° *Bouhier*. — Division des statuts en deux classes, au point de vue de leurs effets. — Caractère *réel* des statuts pénaux. — Sa justification. — Atténuation des conséquences positives du principe territorial, dans un sentiment d'indulgence. — 2° *Boullenois*. — Division bi-partite des statuts, au point de vue de leur nature. — Caractère *personnel-réel* des statuts pénaux. — Dans l'application, Boullenois est guidé par la doctrine italienne. — Condition pénale des étrangers sur le territoire. — Effet extraterritorial de certains statuts pénaux, des incapacités pénales ayant un caractère général. — Conséquence du changement de domicile. — 3° *Merlin*. — Prépondérance du point de vue territorial. — Merlin interprète et inspirateur de la jurisprudence. — Inefficacité des sentences pénales étrangères.

L'effort des criminalistes français du XVIII[e] siècle s'est porté tout entier sur le problème de *compétence judiciaire* ; aucun d'eux ne paraît avoir conçu que le juge français, régulièrement saisi,

(1) Jousse, *op. cit.*, II part., tit. II, chap. I, sect. IV, n. 42.

pût appliquer une autre loi que la loi française. L'idée d'envisager d'abord le *statut pénal* au point de vue de sa nature propre, afin de déterminer son domaine d'application dans l'espace, leur est restée étrangère. Cette idée domine, au contraire, l'œuvre des juristes dont l'effort principal, dans le morcellement législatif de la France, tend à résoudre les conflits entre les coutumes. Car, dans les coutumes, les dispositions pénales se mêlent aux dispositions civiles. Quelle loi régira les délits? Quel sera l'effet territorial ou extraterritorial des incapacités pénales? Ces questions, négligées par leurs prédécesseurs du XVIIe siècle, se sont imposées aux principaux d'entre eux, comme elles avaient passionné, jadis, les auteurs statutaires italiens. Les dissertations de Bouhier, de Boullenois, puis de Merlin, sont le fruit de l'éveil doctrinal que les circonstances ont déterminé, au début du XVIIIe siècle. La théorie française de d'Argentré, revenue triomphalement de Belgique, leur communique sa forme artificielle. Mais consciemment ou non, c'est surtout l'esprit de *justice* de la doctrine italienne qui les anime. Et la *comitas* hollandaise, l'internationalisme procédant de Grotius exerce sur eux son influence. Parmi les auteurs français, ils sont les premiers à comprendre que les problèmes de conflits ne surgissent pas seulement entre les coutumes, mais entre les lois d'États différents. La question, pour eux, se complique, mais l'horizon s'élargit. « Je me représentais, dit Boullenois (1), toutes les différentes lois qui règnent parmi les nations, comme des maîtres et des souverains dont je ne devais pas blesser l'autorité; mais aussi je considérais le monde entier comme une grande République, où il fallait mettre la paix et la bonne intelligence ».

Le président *Bouhier* n'est pas, dans l'ordre chronologique, le premier de ces auteurs. Avant lui, Froland, dans ses « Mémoires », a rappelé les principes fondamentaux de la doctrine française (2). Avant lui, Boullenois a écrit deux de ses ouvrages. Mais Froland est resté muet sur le conflit des lois pénales. Et les « *Observations* » de Bouhier sont antérieures au « *Traité de la réalité et de la personnalité des lois* », de Boullenois.

Bouhier (1673-1746) fut président à mortier du Parlement de Dijon, et membre de l'Académie française. Son ouvrage « Observations sur les cou-

(1) *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, préface, p. XVII et suiv. — Cf. Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. II, 1892, p. 13.
(2) Voir Lainé, *Introduction*, t. II, p. 10.

tumes du duché de Bourgogne » (1) parut en 1762 : les chapitres XXI et XXXVI sont consacrés au conflit des lois. Ce livre se caractérise par l'élégance de sa forme, sa méthode et sa concision.

Bouhier met à la base de son système le principe essentiel de la doctrine française : la division des statuts en deux classes : statuts réels et statuts personnels. Mais, ce principe aussitôt adopté, il lui donne une signification nouvelle : est *réel* tout statut dont *les effets* se bornent aux limites du territoire : personnel, tout statut dont *les effets* s'étendent au delà (2). Ainsi, la pensée véritable de d'Argentré, qui qualifie le statut *personnel* ou *réel* suivant son objet, suivant qu'il concerne essentiellement la personne ou la chose, est abandonnée.

La définition de d'Argentré, si critiquable qu'elle fût, si embarrassante, comme on verra, dans son application aux statuts pénaux, fournissait un criterium. La définition de Bouhier n'en donne aucun. A quel signe, en effet, sera-t-il permis de reconnaître que tel statut déterminé est personnel ou réel, qu'il doit ou non étendre ses effets en dehors du territoire? La qualification que Bouhier applique aux statuts pénaux permettra de caractériser sa méthode.

Pour Bouhier, en effet, les statuts pénaux sont *réels*. Comment se justifie cette qualification ? Doit-on l'expliquer par une tendance qu'aurait l'auteur à consacrer, dans le doute, la réalité des statuts? Bien au contraire; car, loin de s'approprier, à cet égard, la méthode de Bertrand d'Argentré, Bouhier estime que, dans le doute, un statut doit être réputé *personnel* (3) : et il rattache cette préférence à « l'équité », à « l'utilité commune des peuples » : ici, c'est manifestement l'influence hollandaise qui met en échec le préjugé féodal (4).

Mais, à l'égard des statuts pénaux, Bouhier a trois raisons d'en admettre la réalité :

C'est, d'abord, « qu'en ordonnant la punition des délinquants, leur vue principale est que cette punition inspire la terreur à ceux qui seraient tentés de les imiter, *ut unius pœna sit multorum*

(1) On le citera d'après l'édition suivante : Bouhier, *Observations sur les coutumes du duché de Bourgogne*, Dijon, 1762.

(2) Lainé, *op. cit.*, p. 54.

(3) Lainé, *op. cit.*, p. 69.

(4) Bouhier, *Observations sur les coutumes du Duché de Bourgogne* chap. XXXVI, nos 2-5. Cf. Lainé, *op. cit.*, p. 69.

metus, comme disent les Lois [1] ». Il résulte de là que Bouhier, pour déterminer la portée d'une loi, tient compte du *but* qu'a poursuivi le législateur. Après avoir adopté, pour la forme, la classification de d'Argentré, c'est, en réalité, la méthode de Bartole qu'il entend suivre. Mais l'application qu'il en fait ici est-elle bien satisfaisante? Si la répression intervient *terrendi causa*, c'est une raison, sans doute, pour qu'elle s'étende à tous les délits commis sur le territoire. Est-ce une raison pour lui refuser tout effet au dehors? On hésite à répondre affirmativement [2]. La démonstration est, pour le moins, incomplète.

C'est ensuite, dit Bouhier, « qu'en matière pénale, il est du devoir du magistrat de prendre toujours dans le doute le parti le plus doux. » « Interpretatione legum pœnæ molliendæ potius quam asperandæ [3] ». Eh! sans doute, dans l'hésitation sur le sens d'un texte qui établit une incrimination ou qui fixe une peine, le devoir traditionnel du juge est de se montrer favorable à l'inculpé. Mais s'agit-il d'interpréter un texte? Il s'agit d'organiser la répression suivant un système de compétence juste et cohérent. Ce système, qu'une tradition bien antérieure à d'Argentré lui-même a consacré, ne peut être utilement remplacé par un simple parti pris d'indulgence. D'ailleurs, est-il exact de dire que Bouhier prend le parti le plus doux, en affirmant la réalité, c'est-à-dire, pour lui, la territorialité des lois pénales? Oui, et non : oui, en tant que l'application de ces lois se trouve enfermée dans les limites du territoire. Non, en tant qu'elle est logiquement étendue, sans acception de nationalité ni de domicile, aux auteurs de tous les délits perpétrés sur ce territoire.

Cette dernière observation fait justice du troisième argument qu'invoque Bouhier : « Toute disposition odieuse doit être restreinte autant qu'il est possible, *Odia restringenda* [4]. Or, les lois pénales sont odieuses par rapport à ceux contre qui les peines sont prononcées ». C'est encore une règle empruntée à « la jurispru-

(1) Bouhier, *op. cit.*, chap. XXXIV, p. 588. L'auteur explique la diversité des lois pénales, idée développée, comme on le verra, par les publicistes de la même époque : « C'est ce qui a engagé les législateurs à être plus ou moins sévères dans ces sortes de dispositions, suivant le génie des peuples qu'ils avaient à gouverner, et le besoin plus ou moins pressant qu'ils avaient de les contenir...»

(2) Cf. Lainé, *op. cit.*

(3) Bouhier, *loc. cit.*

(4) Bouhier, *loc. cit.*

dence ». Il est vrai qu'obéissant à un sentiment de justice, les docteurs italiens ont permis à l'étranger d'invoquer l'exception d'ignorance à l'égard des dispositions les plus rigoureuses, des dispositions *odieuses* (1) du droit de la cité. Il est vrai encore que Dumoulin écarte, vis-à-vis du forain délinquant, l'application des peines édictées par la coutume, qui sont *exorbitantes du droit commun* (2). Mais nul, avant Bouhier, n'a songé à qualifier d'*odieuses*, et à restreindre, en conséquence, dans leur application, la généralité des lois pénales (3). Nul, d'ailleurs, ne pouvait le faire, sans compromettre ou négliger le but que Bouhier lui-même assigne à la répression, et qui est d'effrayer les délinquants éventuels : *ut unius pœna sit multorum metus*.

On voit sous quelle inspiration, et dans quel esprit, Bouhier prend pour point de départ de sa dissertation la réalité des lois pénales.

Il convient d'en suivre, maintenant, les conséquences.

Bouhier cite pêle-mêle, parmi les statuts réels, les règlements de police — « car il est évident qu'en ces sortes de choses les législateurs n'ont porté leurs vues que sur les personnes et sur les choses qui étaient soumises à leur autorité » (4) —, la défense de vendre des fonds à des étrangers, les statuts concernant la mesure des lieues, les statuts pour la mesure des fonds, enfin les statuts pénaux. Parmi les règlements de police, il cite — exemple classique — celui qui interdit de transporter hors de l'État les grains nécessaires à la vie. Ayant écarté le criterium formel que l'École italienne se voit reprocher — injustement — une fois de plus (5), il décide que ce statut prohibitif s'applique « à tous les possesseurs des héritages situés dans le lieu de la défense, soit qu'ils soient étrangers ou non » (6). Inversement, un Règlement de police, fait au

(1) Voir ci-dessus, p. 158.

(2) Voir ci-dessus, p. 195, n. 5.

(3) Quand Bertrand d'Argentré cite comme *réel* un statut pénal, celui dont il s'agit est l'article 611 de la coutume de Bretagne : statut exorbitant du droit commun, statut *odieux*, puisqu'il fait peser sur le père la responsabilité pénale du délit commis par son fils, *suprà*, p. 214, note 7.

(4) Bouhier, *op. cit.*, chap. XXXIII, p. 585.

(5) Bouhier, *op. cit.*, chap. XXXIII, p. 585 : « ... La plupart de ceux qui ont traité cette question sont d'avis de distinguer si la prohibition est conçue *in rem* ou *in personam*, prétendant qu'au premier cas elle est réelle, et au second, personnelle. Ce qui est fondé sur la manière dont les anciens docteurs distinguaient les statuts personnels : mais qui a été rejeté avec raison par les modernes ... ».

(6) Bouhier, *loc. cit.*

Parlement de Dijon le 18 juillet 1618, et qui rend les parents et maîtres responsables des dégâts causés dans les jardins et les vergers par leurs enfants et serviteurs, restera sans application aux actes de cette nature qui seraient commis hors du ressort du Parlement (1). Il n'est donc pas douteux que, pour Bouhier, le statut réel est celui qui gouverne les étrangers comme les nationaux sur le territoire, mais qui n'étend pas ses effets au dehors.

Cependant, lorsqu'il arrive aux statuts proprement pénaux, Bouhier hésite beaucoup à appliquer la règle qu'il vient de poser, dans ses conséquences positives. Disposé à l'indulgence, il ne se borne pas à condamner l'extension du statut pénal « de coutume à coutume » (2); ce qui est parfaitement logique. Il la condamne aussi — ce qui l'est beaucoup moins — « d'un cas ou d'une personne à une autre ». Il cite la disposition d'une Décrétale exceptant l'étranger de l'application du statut local qui porte l'excommunication de tout larron : et il l'approuve aussitôt (3). Il se demande si l'article 5 de la coutume de Bourgogne, qui punit de mort les récidivistes du vol, est applicable aux étrangers? Comme Chasseneuz, qui a commenté avant lui la coutume de Bourgogne (4), il résout cette question par la négative. Il expose enfin l'avis de Dumoulin pour qui toute disposition pénale plus rigoureuse que le droit commun est inapplicable aux étrangers : et « ce sentiment, comme plus doux, lui paraît sans difficulté mériter la préférence ». Sans doute, il admet que le délinquant étranger qui est présumé connaître la loi du lieu « parce qu'il y a demeuré quelque temps » est soumis à ses dispositions (5); il écarte même l'exception proposée

(1) Bouhier, *op. cit.*, chap. XXXIII, p. 588 : « ... D'ailleurs, comme toute loi qui rend une personne responsable du délit d'une autre est contraire au droit commun, la règle est d'en restreindre la disposition autant qu'il est possible ... ». Rapprocher de cette solution la décision de B. d'Argentré, *suprà*, p. 214, n. 7.

(2) Bouhier, *op. cit.*, chap. XXXIV, p. 588 : « ... Elles ne doivent point être étendues d'un cas ou d'une personne à une autre, ni par conséquent de coutume à coutume ».

(3) Bouhier, *loc. cit.*. Sur cette Décrétale, voir ci-dessus, p. 89, n. 1.

(4) V. ci-dessus, p. 192.

(5) Bouhier, *loc. cit.* : « ... Il est vrai que tant cet auteur (Dumoulin) que presque tous les autres ont pensé autrement au cas où le délinquant sait ou est présumé savoir la loi du lieu où il a commis le délit. En quoi ils me paraissent avoir grande raison. Car, dès lors, le délinquant doit être regardé comme s'étant tacitement soumis à la rigueur de cette loi. Autrement, il serait récompensé de sa fraude, d'être venu commettre le délit dans un territoire étranger, dans l'espérance de n'y pas subir la peine que les habitants du lieu subiraient en cas pareil ».

par Dumoulin concernant les dispositions qui seraient exorbitantes du droit commun (1). Mais il ne rattache pas cette application au principe de la réalité des lois pénales. Il l'explique — lui, disciple avoué de d'Argentré — par l'idée de *soumission tacite* qu'il emprunte à Dumoulin : l'étranger, venu sur le territoire, est réputé avoir d'avance accepté la rigueur des lois locales. — En définitive, le principe de la réalité, qu'il a inscrit en tête de sa dissertation, se trouve dépouillé en majeure partie de son sens positif.

Il y a plus. Comme son prédécesseur Chasseneuz, Bouhier envisage le cas où l'étranger, coupable d'un délit sur le territoire, vient d'une coutume où le même fait est puni plus sévèrement. Le *statutum domicilii* est-il applicable ? Non, sans doute. Le principe de la *réalité des lois pénales*, entendu au sens négatif, suffit, semble-t-il, à imposer cette solution. Ce n'est pourtant pas la raison que donne Bouhier : « C'est le cas, dit-il, d'appliquer l'une des règles dont j'ai parlé au commencement de ce chapitre, que, *dans le doute, il faut prendre le parti le plus doux* (2) ». Mais, en sera-t-il de même, si la peine la plus douce est édictée par le *statutum domicilii*? C'est ici que l'auteur est « dans le doute » ; Chasseneuz semble être d'avis que le statut du domicile est applicable, et c'est là, certainement « le parti le plus doux ». Mais comment se dissimuler que l'adage *Noxa caput sequitur*, invoqué par Chasseneuz, est sans application dans l'espèce (3), que si la personnalité « se pratique » parfois pour les matières civiles, elle est étrangère au

(1) Bouhier, *loc. cit.* : « ... Je ne voudrais pas même admettre la limitation que Dumoulin apporte à cette exception : *Nisi pœna esset exorbitans, et multum excedens pœnam juris communis*, car, dès qu'on admet la présomption que le délinquant connaît la loi du lieu du délit, et que, par cette connaissance, il s'y est tacitement soumis, on ne voit pas sur quoi peut être fondée la différence entre la sévérité plus ou moins grande de cette loi, c'est aussi l'avis de Paul Voet ».

(2) Bouhier, *loc. cit.* : « ... Il y a une Décrétale qui décide qu'il faut suivre en ce cas la loi du lieu du délit (Dict. cap. 2 *de Constit.* in-6°) [V. ci-dessus, p. 93, n. 1; 118, n. 1]. C'est aussi l'avis de plusieurs grands jurisconsultes, et je le trouve très raisonnable, car c'est le cas d'appliquer l'une des règles dont j'ai parlé au commencement de ce chapitre, que dans le doute il faut prendre le parti le plus doux ; quoique quelques auteurs (Voet) veuillent laisser la chose à l'arbitrage du juge » Cf. p. 213.

(3) Bouhier, *loc. cit.* : « ... Je sais bien que M. de Chasseneuz semble être d'avis qu'en l'un et l'autre de ces cas il faut suivre la loi du domicile du délinquant. Mais il se fonde sur un principe qui n'a rien de commun avec notre question : savoir, que *noxa caput sequitur* ». — Chasseneuz, dans le passage auquel Bouhier fait ici allusion (*suprà*, p. 191, n. 1) envisageait le cas où l'au-

droit pénal? — Hésitant entre deux solutions dont la première répugne à son sentiment d'indulgence, dont la seconde est inconciliable avec son principe, Bouhier en préfère une troisième : il se prononce pour l'application du *droit commun*, et telle était, dit-il, la décision de Dumoulin. Le droit commun, pour Bouhier, c'est le droit romain. Sans doute, aux yeux de Dumoulin imbu de la Doctrine italienne, le droit romain avait encore, en France même, la valeur d'un droit positif. Mais au temps de Bouhier, alors que depuis longtemps s'étaient succédé les rédactions des coutumes, alors que de nombreuses ordonnances avaient constitué un droit commun du Royaume, le droit romain avait-il, lui aussi, cette valeur d'un droit commun qui pût jouer, pour les conflits malaisés à résoudre, le rôle d'un *deus ex machina*? Dès la fin du XVIe siècle, on a vu Gui-Coquille et Bodin s'accorder pour lui dénier cette valeur positive (1). Aussi bien, la solution que Bouhier propose trahit simplement son embarras.

En définitive, qu'a-t-on trouvé chez Bouhier? Un cadre, emprunté, pour l'apparence, à la doctrine française des statuts, alors triomphante. — Une méthode, très rationnelle, qui vient de Bartole et de ses successeurs. — Un sentiment, procédant vaguement de la *comitas* hollandaise, et qu'on voit surtout se manifester à travers l'incertitude des solutions. On ne peut être surpris que, dans ces conditions, la doctrine de Bouhier soit demeurée sans portée.

Le système de *Boullenois* constitue une application beaucoup plus sincère de la doctrine francaise des statuts.

Boullenois (1680-1762) avocat au Parlement de Paris, comme Froland, est un de ceux dont les discussions ouvertes à la Bibliothèque des avocats du Parlement, sur les questions de statuts, éveillèrent au plus haut degré la curiosité scientifique. Il entreprit ses recherches dans un esprit qu'il sut rendre libre de tout préjugé. « Je me rappelai, dit-il (2), la méthode que M. Descartes avait autrefois pratiquée pour parvenir aux vérités philosophiques qu'il cherchait ; je me persuadai que le jurisconsulte en pouvait

teur du délit commis à l'étranger était jugé ***au lieu de son domicile***. nvoquant la règle *noxa caput sequitur*, il admettait l'***inquisitio*** du ***judex domicilii***, et semblait pencher, avec Balde, pour l'application du ***statutum domicilii***. Mais, comme on voit, l'hypothèse est différente de celle qu'envisage Bouhier.

(1) V. ci-dessus, p. 211. Cf. Lainé, *Introduction*... t. II, p. 83.

(2) Cf. Lainé, *Introduction*, t. II, p. 12.

faire autant pour trouver celles de la justice : je déposai tout ce que j'avais lu de part et d'autre dans nos auteurs, et je me livrai à la méditation ». C'est ainsi qu'après son livre sur les *Demissions de biens*, et ses *Dissertations sur les statuts mixtes* dont Bouhier s'est souvent inspiré dans son *Commentaire sur la Coutume de Bourgogne*, il a publié son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* (1), qui traite principalement des conflits entre les statuts, où se manifestent avec éclat la hardiesse et l'originalité de son esprit.

Le résultat des méditations de Boullenois fut son adhésion aux principes défendus autrefois par Bertrand d'Argentré. L'idée sur laquelle repose tout le régime féodal, celle de l'*attachement au sol*, a été clairement aperçue par lui, et il l'a exprimée dans ces termes lapidaires (2) : « L'homme, tout ambulant qu'il est, a toujours un lieu où il vient se reposer de ses fatigues, et où il goûte les douceurs de la vie qu'il s'est procurées par son travail ; c'est là que je l'aperçois plus ordinairement, et c'est là où il a l'intention de revenir. Or y a-t-il rien de plus convenable dans cette variété de lois qui inondent le monde entier que de régler l'état et la condition personnelle de l'homme selon les loix des lieux où il se range par une permanence et stabilité soit actuelle soit intentionnelle ? De là j'en ai conclu que c'était la loy du domicile qui devait déterminer l'état et la condition de la personne. *C'est cette même raison de permanence qui, par un enchaînement de conséquences, me fait rencontrer les loix qui doivent diriger les biens* ».

Aussi, lorsqu'à l'exemple de ses prédécesseurs, Froland et Bouhier, il s'approprie la division bipartite des statuts, Boullenois a-t-il soin de rendre à cette distinction sa véritable portée, conforme aux intentions de son fondateur. Il y a lieu de choisir, dit-il (3), entre les deux définitions suivantes :

1° Le statut réel est celui qui affecte principalement les choses, encore qu'il ait aussi égard à la personne : le statut personnel est celui qui affecte principalement la personne, encore qu'il ait aussi égard à la chose.

2° Le statut réel est celui dont le pouvoir ne s'étend pas au delà

(1) On le citera d'après l'édition suivante : Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts, par forme d'observations* auquel on a ajouté l'ouvrage latin de Rodenburgh.

(2) Boullenois, *Dissertations sur les statuts mixtes*, *Discours préliminaire*, p. 16.

(3) Boullenois, *Traité de la personnalitéet de la réalité des lois*, t. I, titre I, chap. II, observation v.

de son territoire; le personnel est celui qui étend son empire sur les biens de ceux qui lui sont soumis, en quelques lieux qu'ils soient situés (1).

La seconde définition est celle de Bouhier. Boullenois lui oppose l'objection qui a été précédemment formulée : elle ne contient pas de criterium qui permette de déterminer la nature, réelle ou personnelle, de tel ou tel statut. Aussi préfère-t-il la première définition. Le statut personnel, pour lui, est une loi qui affecte principalement la personne; le statut réel est celui qui affecte principalement la chose.

La distinction, ainsi entendue, est d'une application facile aux lois qui règlent l'état et la capacité des personnes, aux lois qui concernent la propriété ou les successions. Mais comment l'accorder avec la nature propre des statuts pénaux, qui ne concernent nullement le régime des biens, et qui ne règlent pas, à proprement parler, la condition générale de la personne?

D'Argentré, dans son commentaire de la coutume de Bretagne, ne s'est pas prononcé en termes formels sur la qualité, réelle ou personnelle, des statuts pénaux (2). Il n'est pas douteux que, sous le régime féodal, les statuts pénaux étaient personnels et susceptibles d'application hors du territoire. On l'a conclu, précédemment (3), du fait que devant les juridictions seigneuriales, la compétence législative et la compétence judiciaire étaient certainement confondues — et que, d'autre part, la compétence judiciaire était réglée, principalement, par le domicile.

Bouhier qui, suivant la méthode italienne, détermine la portée

(1) Cette distinction est méconnue, nous semble-t-il, par M. le Doyen Surville dans l'intéressant article (*Journ. du dr. intern. pr.*, 1921, p. 5 et suiv.) où, faisant remonter jusqu'à Bartole la division bi-partite des statuts, il conteste ensuite à d'Argentré l'honneur, que lui attribue M. Lainé, d'avoir fondé, sur ce point, une doctrine nouvelle. Il n'est pas douteux que Bartole, envisageant les lois dans leurs *effets*, a distingué, comme les glossateurs eux-mêmes, des statuts dont l'application ne dépasse pas les limites du territoire, et des statuts *extraterritoriaux* (*Suprà*, p. 134). Mais la division qui, considérant les lois dans leur *nature*, s'attachant à leur objet (personne ou chose) oppose aux statuts *personnels* les statuts réels, et ramène à cette opposition, toute la classification des *statuts*, est propre au droit *féodal* dont Bertrand d'Argentré est le représentant le plus illustre. Elle est fondée sur la conception *féodale* de *l'attachement au sol.*

(2) *Suprà*, p. 214.

(3) *Suprà*, p. 99.

des statuts pénaux d'après le but du législateur, leur attache la qualification de *statuts réels* (1).

Boullenois, visiblement hésitant entre les deux solutions contraires, dont aucune, eu égard à sa définition, ne lui paraît satisfaisante, se résigne à ranger les statuts pénaux dans une catégorie intermédiaire : « Quant au statut pénal, dit-il (2), qui est un autre exemple rapporté par M. Bouhier, comme est celui-ci : qui confisque le corps, confisque les biens, il est vrai qu'il affecte la personne ; mais il n'est pas vrai simplement qu'il soit connu pour réel ; il est *personnel-réel* ; et la preuve en est que la confiscation, quant aux biens, ne s'étend pas dans les coutumes qui ne l'admettent pas, nonobstant la confiscation de la personne ». Or quelle est la portée territoriale des statuts personnels-réels? Influencé certainement par la doctrine des Pays-Bas, par celle, en particulier, de Burgundus et de Paul Voet, qu'il connait, Boullenois tend à l'enfermer dans d'étroites limites. Pour lui, ces *statuts personnels réels* sont des statuts mixtes, dans leurs effets, comme dans leur nature ; en tant que personnels, ils ne sont applicables qu'à leurs sujets ; ils ne régissent pas les étrangers ; en tant que réels, ils ne sont applicables que dans les limites de leur territoire (3).

L'application que Boullenois a faite ainsi de son principe aux statuts pénaux est assurément d'une critique aisée. Pour en déterminer la nature, il s'est laissé guider par cette circonstance accidentelle que l'un d'entre eux, arbitrairement choisi, d'après Bouhier, intéresse la propriété. Quant à sa conclusion qui se dégage mal de ses prémisses, si l'on n'a fait intervenir dans l'intervalle la tendance territoriale de l'école hollandaise, elle revient à limiter l'application des statuts pénaux aux délits commis par des sujets sur le territoire ; elle sacrifie complètement l'intérêt de la répression.

Aussi, lorsqu'il vient aux applications, Boullenois semble-t-il avoir perdu de vue sa construction théorique qui reste comme un hommage platonique à la doctrine française et hollandaise. L'idée qui l'inspire alors n'est pas — comme pour Bouhier — une idée vague de bienveillance. C'est l'idée de *justice* directement issue de la Doctrine italienne des statuts.

(1) *Suprà*, p. 369.
(2) Boullenois, *op. cit.*, t. I, tit. I. chap. II, observation V, p. 86 et suiv.
(3) Cf. Lainé, *Introduction*, t. II, p. 161.

S'agit-il de fixer le régime des infractions commises par des étrangers sur le territoire? Les solutions proposées sont celles que la raison a dictées aux docteurs de l'école italienne, Johannes Faber, Durantis le Speculator, Dumoulin, etc., sous l'autorité desquels elles sont placées : la soumission des étrangers, même de passage, aux réglements locaux, à moins que l'inobservation de ces règlements ne soit nullement de nature à déranger l'ordre général du lieu (1); l'exception d'ignorance, dont bénéficieront les étrangers qui n'ont pas résidé quelque temps sur le territoire, sans qu'il soit possible de fixer absolument à six semaines, comme l'a fait M. d'Argenson dans une affaire (2), la durée de séjour qui abolit la présomption d'ignorance; enfin, l'application possible du statut local même à des gens qui, sans résider sur le territoire, y possèdent des biens, quand l'intérêt général est engagé; et c'est ainsi que la défense, édictée par un souverain, de transporter des blés hors du territoire s'applique aux étrangers, comme à ses sujets (3).

S'agit-il de régler la conduite des domiciliés à l'étranger? Boullenois déclare (4) qu' « un juge, par un règlement de police, peut défendre de faire certaines choses, hors de son territoire, comme d'aller boire et festiver au delà de certaines limites »; et cette défense, destinée à empêcher la diminution des impôts, ne concerne que les sujets. Un souverain peut frapper ses sujets d'une interdiction de s'assigner mutuellement devant une juridiction étrangère; et Boullenois cite, comme exemple, la concession de Charles IV qui défend à tout Brabançois d'arrêter un Brabançois hors des États de Brabant (5). Ainsi l'auteur se trouve amené à reconnaître, dans

(1) Boullenois, *op. cit.*, t. I, tit. I, chap. III, observation XI, p. 157 : « ... Je ne sais cependant si, dans les pratiques particulières de religion, dont l'inobservation, quant aux étrangers, ne dérangerait en rien l'ordre général du lieu, et ne causerait aucun scandale, un étranger y serait absolument assujetti, de sorte, par exemple, que hors tout péril de scandale, il fût obligé de faire abstinence, s'il se trouve dans un lieu où, par une dévotion particulière, et qui ne serait pas d'usage partout ailleurs, l'abstinence s'observe ».

(2) Boullenois, *loc. cit.*, p. 160 : « Je me suis trouvé un jour à l'audience de police, tenue par M. d'Argenson, vers l'an 1716 : un Vénitien avait été cité par devant lui pour avoir donné à jouer à des jeux défendus. Il lui demanda depuis quel temps il demeurait dans le Royaume; et ce Vénitien lui ayant répondu qu'il y avait six mois, M. d'Argenson lui dit : Vous devez savoir que les étrangers n'ont que six semaines pour apprendre les règlements de police. En conséquence de quoi il le condamna à une amende, mais fort légère ».

(3) Boullenois, *loc. cit.*, p. 158.

(4) Boullenois, *loc. cit.*, p. 160.

(5) Boullenois, *loc. cit.*

une certaine mesure, la personnalité nécessaire des règlements de police, et, par conséquent, des statuts pénaux.

S'agit-il enfin de régler les effets des jugements? C'est en considération d'un statut relatif à cette matière que Boullenois a imaginé d'appliquer aux statuts pénaux sa qualification de statut « personnel-réel. » Mais, pas plus que précédemment, il ne déduit de cette qualification, lorsqu'il vient aux applications, les conséquences énoncées. Sa doctrine, qui ressemble singulièrement à celle de Bartole, repose toute entière sur la distinction entre les jugements qui concernent les biens et ceux qui se rapportent à la condition de la personne.

Les jugements qui prononcent ou qui emportent confiscation de biens ne peuvent avoir cet effet que conformément à la loi du lieu où ces biens sont situés. Ainsi la confiscation de corps n'entraînera confiscation des immeubles situés dans le ressort d'une autre coutume que si cette conséquence est admise, d'abord, comme il va sans dire, par le droit du lieu où le jugement a été prononcé, mais aussi par la *lex rei sitæ* (1). Les meubles étant, par l'effet d'une fiction traditionnelle, réputés se trouver au domicile de leur propriétaire, c'est la loi de ce domicile qui joue, à leur égard, le rôle de *lex rei sitæ* (2).

L'exécution forcée sur les biens situés dans le ressort d'un autre juge ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un « pareatis » de ce juge, car le juge d'un territoire ne saurait commander que dans l'étendue de sa juridiction. Pourtant, depuis l'Ordonnance de 1667 (art. 6 du titre 27) les Arrêts sont exécutés par tout le Royaume, en vertu d'un *Pareatis* du Grand Sceau (3).

A plus forte raison le *Pareatis* est-il nécessaire, quand il s'agit d'un jugement étranger au Royaume. Quand ce jugement a été rendu sur la demande d'un étranger contre un Français, il résulte de l'interprétation, alors dominante, de l'Ordonnance de 1629 (art. 121), qu'un nouvel examen de l'affaire, par les juges français,

(1) Boullenois, *op. cit.*, t. I, tit. II, chap. II, observation XIX, p. 343. — Dans le même sens, Muyart de Vouglans, *Institutes*, p. 419: Jousse, *Traité de la Justice criminelle*, t. I, part. I, tit. III, § 185. p. 102.

(2) Boullenois, *loc. cit.*, p. 344 : « La confiscation n'ayant pas lieu dans le domicile du condamné, ses meubles, en quelque lieu qu'ils soient, ne seront confisqués, encore que la condamnation soit prononcée dans un lieu où la confiscation est de disposition, et dans ce cas les meubles sont revendiqués, en quelque manière, par la loi du domicile... ». — Dans le même sens Jousse, *op. cit.*, t. I, part. I, tit. III, § 185, p. 102.

(3) Boullenois, *op. cit.*, t. I, tit. II, chap. IV, observation XXV, p. 639.

doit avoir lieu. Sous ces réserves, dans l'opinion générale, l'exécution forcée des jugements étrangers n'est pas exclue. — Boullenois écarte l'article 121 de l'Ordonnance de 1629 qui, dit-il, n'a jamais eu force de loi. En matière personnelle, il admet l'exécution en France d'un jugement rendu par un juge compétent d'un pays étranger, soit entre naturels de ce pays, soit entre Français, soit entre un Français et un étranger. L'avis exprimé ici par Boullenois ne se rapporte sans doute, directement, qu'aux matières civiles. Mais l'auteur n'établit pas, entre les jugements civils et criminels, d'opposition (1). Et l'on verra plus loin qu'il a reconnu formellement à ces derniers l'autorité de la chose jugée.

Le bannissement à temps peut être prononcé pour avoir lieu hors l'étendue d'une province, d'un Parlement, ou même du Royaume. Le bannissement à perpétuité comporte les mêmes modalités, et, lorsqu'il a lieu hors du Royaume, il emporte mort civile. Le bannissement perpétuel hors du Royaume peut être prononcé par tous juges, même inférieurs, exerçant l'autorité royale (arrêté du Parlement de Rouen, du 22 décembre 1612); mais il ne peut l'être que dans les cas prévus par des Ordonnances royales (Arrêt de règlement du Parlement de Bretagne du 29 janvier 1749) (2).

Quel est l'effet des incapacités — infamie, mort civile — attachées à un jugement répressif? Boullenois, fidèle encore à l'esprit de la Doctrine italienne, l'admet aussi largement que possible, même dans les rapports internationaux : « A l'égard des statuts qui prononcent une mort civile pour crime, dit-il, ou une note

(1) Jousse disait nettement (*Traité de la Justice criminelle*, t. I, part. I, tit. III, § 182, p. 101) que « les jugements de condamnation à mort, naturelle ou civile, rendus en pays étranger, n'emportent point confiscation en France, » et inversement (*op. et loc. cit*, § 188, p. 105) « qu'à l'égard des biens situés hors du Royaume, soit meubles soit immeubles, ils ne tombent point dans la confiscation. » Boullenois, au contraire, au point de vue de l'exécution forcée sur les biens, parait soumettre à des règles semblables les rapports entre juges de différents États, et les rapports entre diverses juridictions du Royaume (*op. cit.*, t. I, tit. II, chap. IV, observ. XXV, p. 639) : « Ces maximes ont lieu non seulement entre des juges étrangers et d'une autre domination, mais encore entre les différents juges d'un même Royaume qui, quoique tenant leur pouvoir du même Souverain, ont un territoire plus ou moins borné, et une juridiction plus ou moins absolue et dépendante ». Sans doute, Boullenois décide que les jugements rendus à l'étranger sur des *actions réelles* concernant des immeubles situés en France sont insusceptibles d'exécution : mais c'est qu'alors le juge étranger qui a statué sur ces actions était *incompétent*.

(2) Boullenois, *op. cit.*, t. I, tit. II, chap. II, observation XIX, p. 346.

d'infamie, l'état de ces misérables se porte partout, *indépendamment de tout domicile*, et cela par un concert et un concours général des nations, ces sortes de peines étant une tache, une plaie incurable dont le condamné est affligé et qui l'accompagne en tous lieux » (1).

On remarquera cette formule de Boullenois. L'auteur ne se borne pas à constater, conformément à la Doctrine italienne, la valeur extraterritoriale du statut personnel qui régit l'incapacité pénale. Il ajoute que cet effet personnel est *indépendant de tous changements de domicile*. Or, par cette dernière affirmation, il entre en opposition directe avec la tradition féodale, avec la Doctrine française et hollandaise des statuts.

Du moment, en effet, que la personne est soumise au statut de son domicile — *qui est son lieu de situation réelle* — il va de soi que tout changement de domicile entraîne un changement dans le statut qui gouverne sa capacité et régit les effets d'une condamnation antérieurement prononcée contre elle. D'Argentré posa la règle catégoriquement : « Originis locus nusquam in foro considerationem habet, cum aliud domicilium proponitur (2) ». Elle fut admise après lui par Burgundus, par Rodenburgh, par Hertius lui-même (3). Elle triompha jusqu'à la fin du XVII[e] siècle.

Alors, Froland et Bouhier comprirent le caractère irrationnel d'une solution qui permettait à l'individu, par un simple changement d'habitation, de se soustraire à l'effet de ses engagements, et des condamnations dont il avait été l'objet. Cette anomalie paraissait plus choquante, dès lors que le conflit ne s'élevait plus seulement entre des coutumes, mais entre les lois d'États différents. Froland et Bouhier aperçurent que la condition de la personne devait être soumise à un statut fixe, qui serait celui du *domicile d'origine*, du lieu de naissance. Cette solution était conforme à l'esprit de la Doctrine italienne qui, sur le fondement du droit romain, avait toujours fait une place au *domicilium originis* (4). « J'observerai seulement, dit Bouhier (5), qu'outre l'équité de cet

(1) Boullenois, *op. cit.*, t. I, p. 64. — Cf. Peiron, *De l'effet des jugements étrangers rendus en matière pénale*, Lyon, 1885, p. 88; Lainé, *Introduction*. t. II, p. 206.

(2) D'Argentré, *In Britonum leges*, art. 218, gl. 6, n. 47.

(3) On trouvera les citations chez Lainé, *Introduction*, t. II. p. 199.

(4) Voir ci-dessus, p. 161.

(5) Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, chap. XXII, n. 6 et suiv. — Cf. Lainé, *Introduction*, t. II, p. 202 et suiv.

avis, qui est évidente, il me paraît préférable à l'avis contraire avec d'autant plus de raison qu'il remet les choses sur le pied du droit commun, où le domicile d'origine l'emportait sur celui d'habitation naturelle ».

Quelle fut, en l'occurrence, l'attitude de Boullenois? D'une part, il était prisonnier de la doctrine française, prisonnier de sa définition du domicile, qui était la définition féodale, conforme à la pensée de d'Argentré. D'autre part, la valeur des arguments proposés, en sens contraire, par Froland et par Bouhier ne lui échappait pas. L'analyse des distinctions qu'il proposa, sur le terrain du droit civil, nous le montrerait bien embarrassé et hésitant (1). Le titre II de son *Traité de la réalité et de la personnalité des lois*, où il est question de l'*effet du jugement*, porte ce titre : *Du droit qui naît de la diversité des statuts, dans le cas où les personnes n'ont point changé de domicile.* Quant au droit pénal, il admit sans doute que le domicile qui détermine la situation des meubles, et règle, à leur égard, les effets de la confiscation, est le domicile *réel*, *actuel*. Mais, pour les effets de la sentence qui régit la condition de la personne, il résulte nettement du passage précité que c'est au *statutum originis* qu'il se réfère (2). Ainsi, dans l'application, ce fut encore la Doctrine italienne qui l'emporta.

Dans l'ensemble, le système construit par Boullenois, en droit pénal international, est supérieur à celui de Bouhier. Au lieu d'un sentiment vague de bienveillance et d'équité, c'est le pur esprit de la Doctrine italienne qui le guide. Il a eu d'ailleurs le mérite de s'affranchir de l'anachronisme du « *jus commune* », et de nous offrir des solutions mieux adaptées à la situation juridique de son époque. Il y a malgré tout entre ces solutions et le point de départ — qui est féodal — un défaut d'harmonie frappant. Ce défaut d'harmonie devait nuire au prestige de sa doctrine. C'est un principe différent, étranger aux théories précédentes qui allait orienter la jurisprudence — telle qu'elle nous est rapportée, commentée — après avoir été pour une part inspirée — par le Procureur général *Merlin*.

(1) V. à ce sujet Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 302.
(2) Boullenois *Dissertations sur les questions mixtes*, p. 40, 61.

Merlin (de Douai) 1754-1838 était avocat, en 1775, au Parlement de Douai quand il prépara la première édition de son *Répertoire universel de jurisprudence*. Député du bailliage de Douai aux États généraux, il devait siéger ensuite à la Convention, où il fut membre du Comité de salut public, et rédigea le *Code des délits et des peines*. Ministre de la justice sous le Directoire, il devint, en 1801, Procureur général au Tribunal de cassation. « On le vit, pendant treize ans, à la tête de la science par son érudition, servir de régulateur à la Cour suprême, préparer par ses réquisitions des arrêts qui n'étaient ordinairement que la sanction de ses opinions » (1). Elevé dans le droit romain et l'ancien droit, il a toujours gardé l'empreinte de son éducation. Il est resté, en assumant la tâche d'assurer l'application des nouveaux Codes, l'homme soucieux de la tradition.

Comme Bouhier et Boullenois, Merlin est attaché à la doctrine française. Fidèle aux principes de Bertrand d'Argentré, il admet la division exclusive des statuts en deux classes : statuts réels et statuts personnels. Contrairement à Bouhier, il décide que « le statut personnel doit céder au statut réel, en cas de concours entre l'un et l'autre ». Il critique la catégorie, établie par Boullenois, des statuts personnels-réels, et ne s'explique pas pourquoi, dans la pensée de cet auteur, l'application de ces statuts s'arrête aux limites du territoire (2). Mais, quel que soit l'usage qu'en matière civile Merlin ait fait de ces théories, elles sont restées étrangères au point de vue qu'il a adopté à l'égard de la compétence pénale. Ici, c'est, sous une influence qu'il faudra déterminer, une notion *politique* de la souveraineté qui a dicté ses solutions sur la compétence législative et judiciaire.

Voici en quels termes, dans son *Répertoire de jurisprudence* (3), il explique la sujétion de l'étranger à la loi locale, aux tribunaux locaux : « Un étranger devient un sujet casuel de *la Loi* du pays dans lequel il réside... La qualité d'étranger ne saurait être une exception légitime pour celui qui s'en prévaut contre la *puissance publique* qui régit le pays dans lequel il réside... *Habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté...* » Et ailleurs (4) : « Dès qu'un homme a touché le sol de l'empire étranger, dès le premier pas qu'il y a fait, il a juré de respecter les lois et l'ordre établi parmi ceux qui l'habitent. » Tel est le point de vue positif.

(1) Dupin, Discours de rentrée de 1839, *Réquisitoires et plaidoyers*, t. IV, p. 75.

(2) Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v° *Testament*, sect. I, § V, art. 1.

(3) Merlin, *op. cit.*, v° *Loi*, § VI, art. 3, § 1.

(4) Merlin, *op. cit.*, v° *Souveraineté*, § V.

Quant aux conséquences négatives de cet aspect *territorial* de la souveraineté politique, elles se dégagent d'un mouvement jurisprudentiel qui s'est produit à la fin du XVIIIe siècle, et auquel Merlin n'est pas resté étranger. Pour s'en rendre compte, il suffira d'analyser brièvement trois décisions, la première du Parlement de Bordeaux, la deuxième du Parlement de Paris, la troisième du Parlement de Douai, qui se sont succédé à peu d'années d'intervalle.

En 1769, un négociant de Dublin, Archdeacon, s'étant réfugié en France pour échapper à ses créanciers, est assigné par l'un d'eux, un Irlandais, devant la juridiction consulaire de Bordeaux, en règlement de billets qu'il a *souscrits* en Irlande. Le défendeur, invoquant assez singulièrement le droit d'asile, se prévaut de la faveur dont jouiraient, en pareil cas, les criminels eux-mêmes. Le Parlement de Bordeaux lui donne tort, et confirme le jugement de condamnation prononcé par les premiers juges « considérant que les engagements sont *du droit des gens et non du droit civil*, que, de même qu'on peut les contracter en tout lieu, on peut aussi être recherché en tout lieu pour les acquitter (1). » Dans le sens attaché aux mots *droit des gens*, dans l'application qui en est faite, on reconnaît l'influence hollandaise. Sans doute, il s'agissait d'un procès civil ; mais les engagements visés ne sont pas limités quant à leur cause. Et le principe déposé dans ce jugement allait être invoqué dans un procès pénal engagé entre deux particuliers, sous la forme accusatoire (2).

C'est ce qui eut lieu, peu de temps après, devant le Parlement de Paris. En 1780, Beresford, sujet anglais, enlève à ses parents, en Angleterre, une jeune fille, Sydney Hamilton, et l'épouse à Londres, en présence de témoins, et après publication de bans. Quelques années après, Sydney Hamilton, accompagnée de sa mère, se réfugie à Lille. Beresford réclame sa femme en justice. Un arrêt du Parlement de Douai, rendu sur appel, lui refuse l'autorisation de cohabiter avec elle. Les dames Hamilton se fixent à Paris, suivies par Beresford. A la suite d'une plainte, celui-ci est décrété de prise de corps, poursuivi en rapt et séduction. Devant le Parlement de Paris, le défenseur, Élie de Beaumont, allègue l'incompétence des juridictions françaises à l'égard d'une action

(1) Merlin, *Recueil alphabetique des questions de Droit*, *Étranger*, § II.

(2) Le rapprochement établi, quant à la compétence du *judex deprehensionis*, entre le *debitor fugitivus* et le criminel, n'était pas une innovation. Il suffit, pour s'en assurer, de se reporter aux dissertations des auteurs italiens. — ci-dessus, p. 183.

« qui n'avait point troublé la société dans le sein de laquelle son client s'était réfugié » (1). La partie adverse oppose l'usage, suivi entre les souverains des différentes monarchies, que les criminels soient jugés où ils sont rencontrés, usage dont l'observation s'impose d'autant plus qu'à défaut de traité, il n'y a pas de renvoi obligatoire entre la France et l'Angleterre. Le Parlement de Paris, dans son arrêt du 23 mars 1782, suivant les conclusions de l'avocat-général d'Aguesseau, déclare la procédure extraordinaire nulle, vexatoire, attentatoire au Droit des gens, et, pour la demande en nullité du mariage, renvoie les parties en Angleterre. — Or, il s'agissait d'un procès engagé non *per inquisitionem*, mais sur une plainte particulière : c'est un cas où Talon, et après lui Rousseau de Lacombe et Jousse, eussent, sans hésiter, proclamé la compétence des juridictions françaises (2). Il s'agit d'une innovation dont la portée est capitale.

Peu de temps après, Merlin devait en tirer des conclusions plus étendues. L'Anglais Cuningham était poursuivi devant le Parlement de Douai, en paiement d'obligations datées de Londres. C'était un procès civil, identique à celui qui, en 1769, avait été jugé par le Parlement de Bordeaux. Merlin, dans son plaidoyer d'avocat dont il nous rapporte les conclusions (3), reconnaît bien qu'un étranger, *domicilié en France*, peut y être poursuivi pour des engagements contractés à l'étranger : encore a-t-il soin de préciser dans un autre passage (4), que cet effet du domicile s'applique seulement aux engagements contractés *après l'établissement de ce domicile.* Cette réserve faite, Merlin estime qu'un étranger non domicilié ne peut être poursuivi en France pour une obligation née à l'étranger. Il tire argument de l'arrêt prononcé, quelques jours auparavant, dans l'affaire Hamilton : « Lorsque la partie civile, dit-il, *se rend elle-même accusatrice*, et réclame les dommages-intérêts qui lui sont dus, dans ce cas point de différence entre une affaire criminelle et une cause civile (5) ». — Ainsi, Merlin, par une erreur singulière qui n'est probablement qu'une habileté d'avocat, confond le procès criminel, engagé sur la plainte de la victime, mais

(1) Merlin, *Répertoire*, v° *Étranger*, § II. — Sur l'affaire Hamilton-Beresford, voir aussi le *Barreau français* de Clair et Clapier, t. IV, p. 447.

(2) *Suprà*, p. 252, 366.

(3) Merlin, *Répertoire* v° *Etranger*, § 2, n° IV et surtout *Questions de Droit* v° *Etranger*, § 2.

(4) Merlin, *Rép.* v° *Souveraineté*, § 5.

(5) Merlin, *Répertoire* v° *Etranger*, § 2, n° IV.

suivi sous la forme *extraordinaire*, avec la demande en réparation, fondée sur le délit civil! Il confond l'action publique et l'action civile [1]! — Dans un autre passage de son Répertoire [2], il justifie l'incompétence des juridictions françaises à l'égard des délits commis à l'étranger par un étranger, en alléguant la difficulté de la preuve, l'excessive dureté des lois françaises qui excluent l'assistance d'un défenseur, l'inutilité d'une sanction puisque le juge français n'a pas été offensé... Quelle que fût la valeur de l'argumentation de Merlin, le Parlement de Douai, dans son arrêt du 15 juillet 1782, lui donna raison [3]. Il fut donc jugé qu'une obligation née à l'étranger entre étrangers, quelle qu'en fût la source, — contrat ou délit — ne pouvait être sanctionnée par les juridictions françaises. Les engagements avaient cessé d'être du « droit des gens ». Ils appartenaient au « droit civil ».

L'effet des jugements étrangers fut gouverné par la même tendance restrictive. Depuis la fin du XVIIe siècle, l'ordonnance de 1629 était interprétée en ce sens qu'aucun jugement prononcé *contre un Français* ne pouvait être rendu exécutoire en France [4]. Une jurisprudence extensive, que Merlin approuva, étendit cette solution aux jugements qui, donnant tort à un Français demandeur, mettraient le défendeur étranger hors de cause [5]. Ces règles, faites pour les matières civiles, étaient applicables, *a fortiori*, aux jugements répressifs.

(1) On a vu, cependant avec quelle netteté la distinction entre la voie de *la plainte* (action publique) et celle de *l'action* ou *assignation* (action civile) a été faite, précisément au point de vue de la compétence, par Rousseau de Lacombe (*suprà*, p. 356, n. 2), et bien plus anciennement, par Farinacius (p. 183, n. 2).

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Souveraineté*, § 5.

(3) L'arrêt du 15 juillet 1782 (Merlin, *Rép.*, v° *Étranger*, § 2, n° 4) confirma la sentence des échevins de Lille, par laquelle l'arrêt de corps était déclaré nul, avec dépens, dommages et intérêts.

(4) En ce sens : Bonifas, *Arrêts notables du Parlement de Provence*, t. III, l. I, t. I, qui cite un arrêt d'Aix du 16 mars 1685 ; Julien, *Commentaires sur les statuts de Provence*, t. II, p. 430, qui cite un arrêt de 1710 ; et les conclusions de l'avocat général Séguier dans l'affaire Archdeacon (cf. ci-dessus, p. 384). Il est à remarquer que, pour cette jurisprudence, l'étranger domicilié en France est assimilé au Français (cf. p. 362) et que le refus d'exécution en France est fondé sur l'idée que le juge étranger n'est pas le « juge naturel » du Français (cf. p. 365).

(5) Merlin, *Recueil de questions de Droit*, v° *Jugement*. Il reconnaît que Boullenois (*Traité des statuts*, t. I, p. 646) s'était prononcé en sens contraire.

Mais les jugements prononcés à l'étranger, entre étrangers, pouvaient-ils être rendus exécutoires en France? L'affirmative résulte des conclusions de l'avocat général Séguier, dans l'affaire Which (1). Conformément à ces conclusions, il fut jugé par le Parlement de Paris, à la date du 16 avril 1777, qu'un jugement de condamnation, prononcé à l'étranger entre étrangers pour une dette née à l'étranger, peut, s'il est définitif, être exécuté sur les biens du condamné situés en France: Cette jurisprudence est approuvée par Merlin, dans son *Répertoire* (2). Mais devait elle, dans sa pensée, s'étendre aux matières criminelles? La solution affirmative est au moins douteuse.

En tous cas, quelques années après, achevant l'évolution de sa pensée, Merlin devait, dans une occasion solennelle, refuser à toutes sentences étrangères, sans exception, l'autorité de la chose jugée. Dans un plaidoyer prononcé à la Cour de cassation (section civile) le 18 pluviôse an XII, il devait dire que « l'exception de chose jugée est un bienfait de la loi civile » ; qu' « elle ne peut donc s'appliquer aux jugements rendus dans une souveraineté étrangère » que « l'autorité publique n'étendant pas ses effets au delà de son territoire, celle des magistrats qu'elle institue est renfermée dans les mêmes limites (3) ».

D'où venait cette affirmation, de plus en plus intransigeante, du principe territorial? Elle ne peut être attribuée à la Doctrine française dont l'influence sur les internationalistes du XVIII[e] siècle, dans le domaine du droit pénal, ne s'est jamais effectivement

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Etranger*, § 2.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Jugement*, § 8. Il cite en ce sens l'autorité de Julien (sur *les statuts de Provence*, t. II, p. 442); de Bonifas, t. III, liv. I, tit. I, chap. IV; de Boullenois, *Traité de la personnalité*, t. I, p. 606. Merlin décide d'ailleurs (*Rép.*, v° *Loi*, § 4) qu'au point de vue de la saisie des meubles, il n'y a pas lieu de considérer le domicile : « Lorsqu'il s'agit de droits à exercer par des tiers sur des meubles, ce n'est plus le domicile du possesseur que l'on considère; on n'a égard *qu'au lieu où ils se trouvent* ». « Le droit civil d'un Etat, dit-il encore (*Rép.*, v° *Jugement*, § 8 *bis*) ne peut pas étendre à un autre Etat *une fiction qui est son ouvrage et qui n'existerait pas sans lui.* C'est pourquoi les meubles d'un étranger décédé en France sont dévolus au fisc français ». La solution contraire était défendue par Boullenois. Mais l'opinion de Merlin, sur ce point, avait été soutenue, avant lui, par Matthæus (*Suprà*, p. 298).

(3) Merlin, *Recueil de questions de Droit*, v° *Jugement*. Pour Merlin, *l'exception de chose jugée*, ainsi que la règle *Mobilia sequuntur personam*, appartient au *droit civil*. Or, *le droit civil*, pour Merlin, c'est le droit *territorial*. Cf. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois*, Paris 1905, p. 85 et 120.

exercée. Elle est contraire aux tendances de la Doctrine italienne. Elle procède uniquement d'une influence extra-juridique, mais dont le rôle, dans l'évolution qui se poursuivit au lendemain de la Révolution française, allait être prépondérant : celle des publicistes.

Section III

L'influence des publicistes et la notion nouvelle de Souveraineté en matière pénale.

Sommaire. — L'influence en France de Grotius et de son École. — Elle s'adapte aux tendances concrètes, réalistes, particularistes du génie français au xviiie siècle. — 1° *Montesquieu.* Il insiste sur la valeur relative, territoriale, des institutions et des lois pénales. — 2° *J.-J. Rousseau.* Aliénation complète, par l'effet du contrat social, des droits naturels de l'homme. — Nature propre de l'État; rôle essentiel du territoire dans sa constitution. — Il suit de là que la loi pénale, n'étant faite que pour une société déterminée, est strictement territoriale. — Cette conséquence est formulée, expressément, par Beccaria. — Cet auteur exclut toute idée de compétence universelle, et se montre peu favorable à l'extradition. — 3° *Voltaire.* Il insiste sur le caractère *local* de la criminalité.

L'influence de Grotius et de son École ne s'est pas limitée aux Pays-Bas et à l'Allemagne. Elle s'est exercée aussi en France. L'emploi fréquent, non seulement par les juristes, mais par les philosophes, des termes *droit naturel*, *droit des gens*, *droit civil*, l'hypothèse du *contrat social* qui, reprise par Montesquieu, est la base du système politique de J.-J. Rousseau, en sont la preuve. Il faut attribuer à cette influence le renforcement de l'idée de *justice*, si remarquable à travers le cosmopolitisme, la frivolité, la sécheresse de cœur d'un Voltaire.

Néanmoins, il s'est produit en France, contre les tendances de la philosophie politique hollandaise, une réaction que l'on n'a pas dû constater en Allemagne. L'humanitarisme un peu vague de Grotius et de Puffendorf convient mal à la nature française, peu sentimentale, éprise avant tout de logique, de précision et de clarté. L'idéalisme de Leibniz a eu moins de succès chez nous, au xviiie siècle, que le réalisme scientifique des philosophes anglais, Locke, Hobbes, et de Spinoza (1).

Au xviiie siècle, surtout. Alors, la méthode déductive est abandonnée pour la méthode expérimentale. Ce qu'on étudie, ce n'est

(1) Delbos, *La philosophie française*, Paris, 1919, p. 153 et suiv.

plus le type humain, avec ses caractères généraux et éternels, tel qu'il a passionné les grands littérateurs du siècle précédent; c'est la variété des types humains : le Français, l'Allemand, le Persan... Les peuples, mieux connus grâce à la facilité croissante des relations internationales, n'intéressent pas par ce qui les unit, mais par les caractères physiques, ethnographiques, psychologiques qui les distinguent... par les barrières qui les séparent. . Comment cette tournure d'esprit particulariste — plutôt qu'un nationalisme nullement exalté — a conduit nos publicistes à la notion d'une souveraineté exclusivement territoriale, il suffira, pour le comprendre, d'envisager certains aspects de leurs systèmes.

C'est dans quelques fragments de ses « Lettres persanes », mais surtout dans son immortel *Esprit des Lois* (1748) qui est peut-être, avec le *Contrat Social* de J.-J. Rousseau, le chef d'œuvre de la philosophie politique, que Montesquieu nous a fait connaître ses idées sur les caractères et sur la portée de la loi pénale (1).

Comme Grotius, *Montesquieu* envisage l'homme à l'état de nature et le droit qui le régit. Mais ce droit, comme celui de Puffendorf, est distinct de tout principe moral. Il se ramène à la constatation, chez l'homme naturel, de quelques tendances : 1° la notion d'un Créateur ; 2° le désir de paix ; 3° le besoin de nourriture ; 4° l'attraction des sexes; 5° l'idée de vivre en société (2). Quand chaque société est formée, elle a *son* droit civil, *son* droit politique, *son* droit des gens « fondé sur le principe que les diverses nations peuvent se faire dans la paix le plus de bien, et dans la guerre le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à leurs véritables intérêts (3) ». La guerre est l'exercice, par chaque société, du droit de défense naturelle. De plus, « entre les sociétés, le droit de la défense naturelle entraîne quelquefois la nécessité d'attaquer, lorsqu'un peuple voit qu'une plus longue paix en mettrait un autre en état de le détruire, et que l'attaque est, dans ce moment, le seul moyen d'empêcher cette destruction (4) ». Ainsi Montesquieu admet

(1) V. P. Janet, *Histoire de la science politique*, t. II, p. 329; Faguet, XVIIIe *siècle. Études littéraires*; Brunetière, *Étude sur le* XVIIIe *siècle*.

(2) Montesquieu, *Esprit des lois*, Livre I, chap. II.

(3) Montesquieu, *op. cit.*, liv. I, chap. III : « Toutes les nations ont un droit des gens; et les Iroquois même qui mangent leurs prisonniers, en ont un. Ils envoient et reçoivent des ambassades; ils connaissent les droits de la guerre et de la paix; le mal est que ce droit des gens n'est pas fondé sur les vrais principes ».

(4) Montesquieu, *op. cit.*, liv. X, chap. II.

la guerre comme exercice du droit de défense, et il se montre tolérant pour les guerres préventives. Mais l'idée d'une guerre, sanction pénale, d'une guerre ayant pour objet le rétablissement d'un droit humain violé, est absente de son œuvre. Malgré l'emploi d'une terminologie qui peut tromper, son droit naturel n'est que la description d'un état de fait. Son droit des gens se distingue aussi de celui de Grotius, parce qu'il est un droit positif, variant avec la constitution de chaque peuple.

En effet, ce qui caractérise l' « esprit des lois », c'est qu'il est en rapport avec les mœurs, l'histoire, le climat, le terrain de chaque pays (1). « Les lois sont les rapports nécessaires qui résultent de la nature des choses ». — « Les climats, écrit Faguet (2), resserrant en quelques formules pittoresques la pensée de Montesquieu, font ici les fibres plus nobles, et là les nerfs plus solides. Ils donnent ici la volonté, et là l'esprit de soumission. Ce n'est pas tel homme qui est monarchiste, c'est *telle région*. Ce n'est pas tel homme qui est républicain, c'est *telle zone*. La famille n'est pas la même dans les pays chauds et dans les pays froids. Là où le climat fait la femme nubile de bonne heure, il la met dans un état de dépendance plus grande qu'ailleurs. L'égalité des sexes n'est pas une conception de la raison, c'est un effet des climats tempérés. Et l'état politique se modelant sur l'état domestique, voilà, avec la famille, la constitution, le gouvernement, la législation, la cité forcés de changer d'une latitude à l'autre, ou seulement de la vallée à la montagne ». — Ce parti-pris de Montesquieu sur la valeur *relative* des institutions et des lois explique son horreur pour le despotisme : « Le monarque qui connait chacune de ses provinces peut établir diverses lois ou souffrir différentes coutumes. Mais le despote ne connait rien et ne peut avoir l'attention sur rien ; il lui faut une allure générale ; il gouverne par une volonté *rigide* qui est partout la même ; tout s'aplanit sous ses pieds (3) ». Ce parti-pris explique aussi son aversion pour les peines atroces, pour les procédures de l'Inquisition, pour toutes les doctrines qui, attachant à leur principe une valeur absolue (4), heurtent les sentiments

(1) En particulier, liv. XIV : *Des lois dans le rapport qu'elles ont avec la nature du climat* ; liv. XVIII. *Des lois dans le rapport qu'elles ont avec la nature du terrain.*

(2) Faguet, xviiie siècle, 6e éd., p. 157.

(3) Montesquieu, *op. cit.*, livre VI, chap. I.

(4) Montesquieu, *op. cit.*, livre XII, chap. IV : « ... Le mal est venu de cette idée qu'il faut venger la Divinité. Mais il faut faire honorer la Divinité, et ne

auxquels Montesquieu paraît le plus intimement attaché : la modération et l'honneur.

Les conséquences de ces idées, quant à l'étendue d'application des lois pénales, Montesquieu les a énoncées dans les derniers chapitres de l'Esprit des Lois. Il s'étonne de la personnalité des lois de l'époque franque (1). — Il est favorable à l'esprit local, que la féodalité développe ; et très justement, très pittoresquement aussi, il caractérise ainsi les lois féodales : « Un chêne antique s'élève ; l'œil en voit de loin les feuillages ; il approche ; il en voit la tige, mais il n'en aperçoit point les racines ; *il faut percer la terre pour les trouver* » (2). — Quant au droit moderne, Montesquieu lui assigne une portée *territoriale*. Il s'indigne que l'inca Athualpa ait été jugé en Espagne, accusé d'avoir fait mourir quelques uns de ses sujets, d'avoir eu plusieurs femmes, etc. Il ajoute, il est vrai « Et le comble de la stupidité fut qu'ils ne le condamnèrent pas par les lois politiques et civiles de *son pays*, mais par les lois politiques et civiles *du leur* (3) ». Mais si, dans ce passage, Montesquieu envisage, subsidiairement, une application des lois étrangères, c'est que, d'après lui, l'inculpé devait être jugé *par le droit des gens* ; c'est qu'il voulait le faire bénéficier du privilège diplomatique, unique exception à son principe (4). Le principe, Montesquieu l'énonce ainsi : « Les lois politiques demandent que tout homme soit soumis aux tribunaux criminels et civils du pays *où il est* ». Voilà pour la compétence judiciaire (5) — « Une société particulière ne fait point de lois *pour une autre société* » ; voilà pour la compétence législative (6).

Ces formules laissent subsister quelque incertitude. A défaut de solution très nette, sur une question de droit spécial, on a trouvé, chez Montesquieu, les bases d'une solution, et les marques d'une

la venger jamais. En effet, si l'on se conduisait par cette dernière idée, quelle serait la fin du supplice ? ».

(1) Montesquieu, *op. cit.*, livre XXVIII, chap. II. *Que les lois barbares furent toutes personnelles.*

(2) Montesquieu, *op. cit.*, livre XXX, chap. I.

(3) Montesquieu, *op. cit.*, livre XXVI, chap. XXII.

(4) Montesquieu, *loc. cit.* : « L'inca Athualpa ne pouvait être jugé que par le droit des gens ; ils le jugèrent par des lois politiques et civiles ».

(5) Montesquieu, *op. cit.*, livre XXVI, chap. XXI.

(6) Montesquieu, *op. cit.*, livre XXVI, chap. XVI.

tendance. Les unes et les autres se précisent, dans l'œuvre de *J.-J. Rousseau*. L'Esprit des lois est un livre universel. L'auteur y a répandu les idées, à profusion. J.-J. Rousseau, dans le *Contrat social*, a élevé *un système*.

Comment Rousseau, l'apôtre de la morale et de la liberté naturelles, est-il devenu le représentant de la politique la moins individualiste, la plus autoritaire qui fut jamais? Ce contraste entre ses romans et son *Contrat social* (1762) s'explique-t-il simplement par la fantaisie ou par l'intérêt de l'écrivain (1)? En sorte qu'il n'y aurait dans sa politique qu'incohérence et mensonge? Faut-il penser, au contraire, que, négligeant les vices de la société actuelle, et sans illusion sur la réalisation immédiate de son programme, Rousseau a construit, dans ses rêves, une cité idéale; qu'il a écrit « un livre pour tous les temps » (2)? La seconde explication est plus séduisante, et d'ailleurs plausible. Au surplus, c'est, indépendamment de son auteur, à cause de son influence capitale sur la Révolution française, qu'il faut considérer la politique de J.-J. Rousseau. Au *naturalisme*, à l'*individualisme* de Grotius — qui était aussi celui de l'*autre* Rousseau — s'oppose exactement le *socialisme* du *Contrat social.*

J.-J. Rousseau cite l'ouvrage de Grotius parmi les livres de chevet de son père (3). L'influence que le grand juriste hollandais a eu sur sa pensée est manifeste. Mais s'il envisage les mêmes problèmes, c'est dans un esprit différent qu'il les résout.

A la base du système de Rousseau figure l'hypothèse du *Contrat social*. Mais ce Contrat, qui, chez Grotius, laisse subsister des droits naturels, entraîne, chez Rousseau, une aliénation complète des libertés individuelles, que chacun échange contre sa part de souveraineté. Rousseau dit bien, quelque part, que « tout ce que chacun aliène par le pacte social de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté » (4); mais il ajoute aussitôt : « il faut convenir aussi que le souverain seul est juge de cette importance » — et il rend ainsi la restriction illusoire. L'État, bénéficiaire de cette cession, n'est astreint lui-même à aucune loi : « Il est contre la nature du corps politique que le *souverain* s'impose une loi qu'il ne puisse enfreindre. Il n'y a ni ne peut y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour *le corps du peuple*, pas même le con-

(1) En ce sens, Faguet, *Rousseau penseur*, p. 316 et suiv.

(2) En ce sens, Beaulavon, édition du *Contrat social*, Paris, 1914, *Introduction*, p. 9 et suiv.

(3) Faguet, *XVIIIe siècle, Études littéraires*, p. 383 et suiv.

(4) Rousseau, *Contrat social*, liv. II, chap. IV.

trat social » (1). — Le souverain, c'est le corps du peuple, car Rousseau, à la différence de Grotius, n'admet aucune cession nouvelle de la souveraineté entre les mains d'un seul homme. Dès la formation du contrat social, il n'y a plus de droit naturel : il n'existe plus qu'une source du droit, la volonté du peuple, nécessairement parfaite : « Le souverain, n'étant formé que des particuliers qui le composent, n'a ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur.... Le souverain, par cela seul qu'il est, est toujours tout ce qu'il doit être (2) ».

Quelle est donc, pour Rousseau, la nature de l'État? — Chez Grotius, la société civile, précisément parce qu'elle n'est autre chose qu'une collectivité d'individus, a des droits, des obligations semblables à ceux des individus. Mais, pour Rousseau, on ne peut appliquer aux engagements de l'État les principes du droit civil. Sa souveraineté est indivisible, inaliénable. Son pouvoir sur ses membres est absolu : « Le citoyen n'est plus juge du péril auquel la loi veut qu'il s'expose; et quand le Prince lui a dit : « Il est expédient à l'État que tu meures » il doit mourir, puisque ce n'est qu'à cette condition qu'il a vécu en sûreté jusqu'alors, et que sa vie n'est plus seulement un bienfait de la nature, *mais un don conditionnel de l'Etat* » (3). De même, en est-il, exactement, de la propriété individuelle : elle émane de l'État. Le pouvoir que l'État a sur son territoire, le domaine réel, ne se confond pas avec le droit de propriété individuelle : « Comme les forces de la cité sont incomparablement plus grandes que celles d'un particulier, la possession publique est aussi, dans le fait, plus forte et plus irrévocable (4) ». Enfin, les rapports de l'État avec l'étranger ne ressemblent pas aux rapports des individus : « Les corps politiques restent entre eux dans l'état de nature (5) ». La guerre ne peut exister entre les particuliers qu'unit le contrat social, et que régit une volonté supérieure. Rousseau ajoute, contrairement à la pensée de Grotius, que la guerre ne peut exister entre l'État et un individu étranger (6). La guerre

(1) Rousseau, *op. cit.*, liv. II, chap. VII.

(2) Rousseau, *op. cit.*, liv. I, chap. VII. Rousseau dit encore : « Il s'ensuit de ce qui précède que la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique » (*op. cit.*, liv. II, chap. III). — Cf. Duguit, *J.-J. Rousseau, Kant et Hégel*, *Revue de droit public*, 1918, p. 173 et suiv.

(3) Rousseau, *op. cit.*, liv. II, chap. V.

(4) Rousseau, *op. cit.*, liv. I, chap. IX.

(5) *Discours sur l'inégalité des hommes.* — Cf. Faguet, *Rousseau penseur*, p. 253.

(6) Rousseau, *op. cit.*, liv. I, chap. IV. « Par cela seul que les hommes, vivant

est donc un rapport d'État à État (1). Rousseau a dégagé de ce principe, au point de vue du traitement des prisonniers, des non-combattants et des combattants des conséquences qui dépassent, en générosité, les solutions de Grotius, de Wolff et de Vattel (2).

La portée territoriale de *la loi pénale* résulte nécessairement de ce qui précède. La notion de loi doit être dégagée de tout préjugé métaphysique : elle est la volonté du souverain qui gouverne chaque société civile, et il est à désirer que pour chaque société, elle soit unique. « Des lois différentes n'engendrent que trouble et confusion parmi des peuples qui, vivant sous les mêmes chefs, et dans une communication continuelle, passent ou se marient les uns chez les autres, et, soumis à d'autres coutumes, ne savent jamais si leur patrimoine est bien à eux (3). « En revanche, les lois de chaque peuple varient, en rapport avec sa constitution, son tempérament. Rousseau s'associe au « relativisme » de Montesquieu (4). Ces considérations s'appliquent aux lois criminelles « qui, dans le fond, sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres (5) ». Comme le territoire est un élément essentiel de l'État et marque les bornes de sa souveraineté, ce n'est pas la qualité de citoyen, c'est la présence sur le territoire qui détermine l'assujettissement à la volonté du souverain : « Par un droit que rien ne peut abroger, chaque homme, en devenant majeur et maître de lui-même, devient maître aussi de renoncer au contrat par lequel il tient à la communauté, *en quittant le pays dans lequel elle est établie* (6) ». Enfin, une formule dont on a déjà

dans leur primitive indépendance, n'ont point entre eux de rapport assez constant pour constituer ni l'état de paix, ni l'état de guerre, ils ne sont point naturellement ennemis ».

(1) Rousseau, *loc. cit.* « Chaque État ne peut avoir pour ennemis que d'autres États, et non pas des hommes, attendu qu'entre choses de diverses natures, on ne peut fixer aucun vrai rapport ».

(2) Rousseau, *loc. cit.* : « La guerre n'est donc point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes, ni même comme citoyens, mais comme soldats ; non point comme membres de la patrie, mais comme ses défenseurs ».

(3) Rousseau, *op. cit.*, liv. II, chap. IX.

(4) Rousseau, *op. cit.*, liv. II, chap. VIII. « Les mêmes lois ne peuvent convenir à tant de provinces diverses qui ont des mœurs différentes, qui vivent sous des climats opposés, et qui ne peuvent souffrir la même forme de gouvernement ».

(5) Rousseau, *op. cit.*, liv. II, chap. XII.

(6) Rousseau, *op. cit.*, liv. III, chap. XVIII.

constaté le succès et rencontré l'application : « Quand l'État est institué, le consentement est dans la résidence : *habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté* (1) ».

Dans l'intention première de l'auteur, le *Contrat social* était un fragment d'un ouvrage plus étendu où J.-J. Rousseau devait traiter aussi du Droit des gens (2). Il est à regretter, à notre point de vue, que ce projet n'ait pas été suivi d'exécution. Sans doute, il eût conduit l'auteur à traiter, sous une forme plus technique, du problème de compétence pénale. La solution qu'il lui aurait donnée n'est pas douteuse : elle procédait, nécessairement de la pensée maîtresse de son œuvre : ce sentiment d'humanité, que Grotius avait laissé se disperser sur toute la terre, Rousseau, comme Montesquieu, a voulu le concentrer sur la patrie.

La pensée de J.-J. Rousseau, dont le *Contrat social* contient l'expression trop concise, c'est dans l'ouvrage d'un de ses disciples, écrit bientôt après, qu'on en suivra le développement. Le *Traité des délits et des peines* de Beccaria, paru en 1764, contient l'application aux matières pénales, du « pacte social » (3). *Beccaria* est un criminaliste italien; mais il est Français par son inspiration qui procède immédiatement de Montesquieu et de Rousseau, Français par le succès foudroyant que son œuvre a eu en France. Beccaria s'inspire de Montesquieu lorsqu'il réagit contre l'atrocité des peines, lorsqu'il stigmatise les abus de la procédure inquisitoriale, et s'attire ainsi les attaques et l'apologie passionnée de Muyart de Vouglans et de Jousse. Il s'inspire de Rousseau lorsqu'il donne pour fondement à la répression, non pas comme Leibniz l'idée métaphysique d'une rétribution nécessaire du mal par le mal, mais l'idée de conservation sociale, et se trouve amené ainsi à en fixer les limites. Sous le titre « des Asiles » (4), il examine les moyens de prévenir l'impunité des criminels. Dès les premières expressions, l'influence du « *Contrat social* » se manifeste : « Multiplier les asiles, écrit-il, c'est former autant de petites souverainetés, parce que là où les lois sont sans pouvoir, il se forme de nouvelles puissances de l'ordre commun, *il s'établit un esprit opposé à celui du corps entier de la société* ».

(1) Rousseau, *op. cit.*, liv. IV, chap. II

(2) Lassudrie-Duchêne, *J.-J. Rousseau et le droit des gens* (1906).

(3) Beccaria, *Traité des délits et des peines*, 2e éd. par Faustin-Hélie, Paris 1870.

(4) Beccaria, *op. cit.*, § XXI, p. 132.

« Quelques-uns, dit Beccaria, ont prétendu qu'en quelque lieu que fût commis un crime, c'est-à-dire une action contraire aux lois, elles avaient partout le droit de le punir. La qualité de sujet est-elle donc un caractère indélébile? Le nom de sujet est-il pire que celui d'esclave? Et se peut-il qu'un homme habite un pays, et soit soumis aux lois d'un autre pays? Que ses actions soient à la fois subordonnées à deux souverains, et à deux législations souvent contradictoires? »

« Ainsi, on a osé dire qu'un forfait commis à Constantinople pouvait être puni à Paris, par la raison que celui qui offense une société humaine mérite d'avoir tous les hommes pour ennemis et peut être l'objet de l'exécration universelle. Cependant les juges ne sont pas les vengeurs du genre humain en général; ils sont les défenseurs des *conventions particulières* qui lient entre eux un certain nombre d'hommes. Un crime ne doit être puni que dans le pays où il a été commis, parce que c'est là seulement, et non ailleurs, que les hommes sont forcés de réparer, par l'exemple de la peine, les funestes effets qu'a pu produire l'exemple du crime ».

« Un scélérat dont les crimes précédents n'ont pu violer les lois d'une société dont il n'était pas membre, peut bien être craint et chassé de cette société; mais les lois ne peuvent lui infliger d'autres peines, puisqu'elles ne sont faites que pour punir le tort qui leur est fait, et non le crime qui ne les offense point ».

Dans ce passage de Beccaria, on trouve : la réfutation des théories universalistes de Grotius; l'adhésion au point de vue « socialiste » qui est celui de J.-J. Rousseau; — et, comme applications : l'exclusion, en matière pénale, de toute compétence personnelle; l'exclusion, à plus forte raison, du *forum deprehensionis*; et, enfin, l'affirmation d'une compétence strictement territoriale.

Pour éviter, dans ces conditions, l'impunité des criminels, Beccaria est-il du moins partisan d'une pratique étendue de l'extradition? On sait qu'à la fin du XVIII[e] siècle, les traités d'extradition, entre les États d'Europe, se sont multipliés. La France, en particulier, a conclu des accords avec les cantons suisses et le Valais en 1715, avec le Wurtemberg en 1763. Bientôt interviendront les traités de la France avec l'Espagne (1765), avec la Confédération helvétique (1777 et 1798), etc. — Beccaria, cependant. se montre méfiant et réservé :

« Est-il donc utile que les nations se rendent réciproquement les criminels? Assurément, la persuasion de ne trouver aucun lieu sur la terre où le crime puisse demeurer impuni serait un moyen bien

efficace de le prévenir. Mais je n'oserai décider cette question, jusqu'à ce que les lois, devenues plus conformes aux sentiments naturels de l'homme, les peines rendues plus douces, l'arbitraire des juges et de l'opinion comprimé rassurent l'innocence et garantissent la vertu des persécutions de l'envie ; jusqu'à ce que la tyrannie, reléguée dans l'Orient, ait laissé l'Europe sous le doux empire de la raison, de cette raison éternelle qui unit d'un lien indissoluble les intérêts des souverains aux intérêts des peuples... ».

En attendant cet âge d'or, c'est l'égoïsme sacré qui prévaut...

Ce mélange de scepticisme, de particularisme — mais aussi de libéralisme généreux, où se complait le XVIII[e] siècle, trouve sa plus curieuse expression dans la personnalité de *Voltaire*. — Voltaire n'a eu évidemment ni la fécondité, ni l'originalité d'invention de Montesquieu, ni la puissance dialectique de J.-J. Rousseau. Mais son talent de vulgarisateur est le garant de son influence. Et bien qu'il ait peu aimé les publicistes de son temps, et ne les ait pas toujours compris, il s'est fait l'écho de leurs tendances, et le propagateur de leurs principales doctrines sur la politique criminelle.

D'abord, sincèrement épris de l'idée de justice qu'il a défendue par ses écrits, et, ce qui est mieux, par ses actes, il s'est élevé comme eux contre les abus de l'Ancien régime (1). Comme Beccaria, il a blâmé les peines atroces, l'inquisition, les confiscations qui font souffrir les innocents à la place du coupable (2).

Comme eux aussi, il a témoigné de son aversion pour la métaphysique nuageuse des juristes hollandais ou allemands : « Rien ne contribuera peut-être plus à rendre un esprit faux, obscur, confus, incertain, que la lecture de Grotius, de Puffendorf et de presque tous les commentaires sur le droit public ». Dans plusieurs articles du « Dictionnaire philosophique » (1764), il raille leurs conceptions vagues du Droit naturel et du Droit des gens : « Un Dieu n'est pas venu sur notre globe pour assembler le genre humain et pour lui dire : J'ordonne aux Nègres et aux Cafres

(1) V. Faguet, XVIII[e] siècle, *Études littéraires*, p. 238 et suiv. ; Paul Janet, *Histoire de la science politique*, 3[e] édit., t. II, Paris, 1887, p. 406 ; Brunetière, *Études sur le XVIII[e] siècle* (Paris 1911), p. 270 et suiv.

(2) *Œuvres complètes de Voltaire*, Paris 1785, t. 29 : *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, p. 211 et suiv.

d'aller tout nus et de manger des insectes... Les Arabes ne mangeront point de cochon, et les Westphaliens ne se nourriront que de cochon... ce qui sera juste tout le long de la Loire sera injuste sur les bords de la Tamise : car mes Lois sont universelles... ». Le simple bon sens lui paraît condamner des solutions que ces profonds auteurs ont admises. Montesquieu lui-même n'a-t-il pas voulu justifier les guerres préventives?

Comme eux enfin, et plus nettement encore, il a insisté sur le caractère *local* de la criminalité. Sous sa rubrique « Des crimes de temps et de lieu qu'on doit ignorer », il a signalé la diversité et la valeur relative des législations pénales (1) ; il a insisté sur l'indulgence nécessaire vis-à-vis des étrangers, et formulé à cette occasion la règle suivante, où se manifeste l'immense progrès réalisé, dans l'ordre moral, depuis les auteurs de la Grande Ordonnance : « Si contre cent mille probabilités que l'accusé est coupable, il y en a une seule qu'il est innocent, cette seule doit balancer toutes les autres ». Enfin, il a illustré sa pensée par ce récit, où se marque, après une affirmation humoristique du principe territorial, le scepticisme du XVIIIe siècle finissant à l'égard de la justice pénale :

« Un Romain tue malheureusement en Égypte un chat consacré, et le peuple en fureur punit ce sacrilège en déchirant le Romain en pièces. Si on avait mené ce Romain au tribunal, et si les juges avaient eu le sens commun, ils l'auraient condamné à demander pardon aux Égyptiens et aux chats, à payer une forte amende, soit en argent, soit en souris. Ils lui auraient dit qu'il faut respecter les sottises des peuples, quand on n'est pas assez fort pour les corriger.

« Le vénérable chef de la justice lui aurait parlé à peu près ainsi : « Chaque pays a ses impertinences légales et ses délits de temps et de lieu. Si dans votre Rome, devenue souveraine de l'Europe, de l'Afrique et de l'Asie Mineure, vous alliez tuer un poulet sacré dans le temps qu'on lui donne des grains pour savoir au juste la volonté des dieux, vous seriez sévèrement puni. Nous croyons que vous n'avez tué notre chat que par mégarde. La Cour vous admoneste. Allez en paix, soyez plus circonspect ».

(1) *Œuvres complètes de Voltaire*, édition, Paris 1878 : *Dictionnaire philosophique*, II, p. 273, vº *Crimes et délits de temps et de lieu.*

CHAPITRE X

L'ÉVOLUTION DU DROIT POSITIF EN FRANCE AU XIXe SIÈCLE

Sommaire. — La transformation du droit pénal et de la procédure criminelle fait tomber dans l'oubli l'œuvre des anciens criminalistes. — La doctrine italienne est négligée. — Influence prépondérante des publicistes du XVIIIe siècle. — Phases principales de l'évolution.

L'amélioration de la procédure criminelle est une des premières tâches où s'employa l'activité du législateur révolutionnaire. Préparée par l'Édit de 1788 qui portait suppression des abus les plus choquants, tels que la torture, et par les réclamations des *cahiers* de 1789, l'œuvre fut réalisée, sous le régime de l'Assemblée Constituante, par les lois des 8-9 octobre 1789, 12-19 octobre 1790, 16 septembre 1791, complétée, sous la Convention, par le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV. La procédure inquisitoriale disparaissait, avec ses caractères fondamentaux. L'oralité, la publicité de la procédure étaient assurées, la contradiction résultait de l'assistance obligatoire d'un défenseur. L'influence des institutions anglaises, dont Montesquieu avait exalté le libéralisme, se manifestait par la création d'un double jury. La volonté d'assurer le respect des droits de l'homme et du citoyen faisait perdre de vue le but d'intimidation que s'était proposé l'Ancien Régime. Sans doute, le brigandage, les troubles persistants déterminèrent, à partir de l'an VIII, un retour partiel à l'esprit de l'Ordonnance. Sans doute, le Code d'instruction criminelle de 1808 se présente comme une œuvre de transaction. En définitive, cependant, le bouleversement révolutionnaire s'est manifesté d'une façon plus puissante, et surtout plus durable, dans l'ordre du droit

criminel que dans celui des lois civiles. Jousse est loin d'avoir joué, dans l'élaboration de nos lois pénales, le rôle d'inspirateur qui fut, pour le Code civil, celui de Pothier.

Ce n'est donc pas chez les *criminalistes* de l'ancien Régime qu'on doit chercher la source d'un « droit pénal international » nouveau. L'influence des *internationalistes* fut moins effective encore. L'unification du droit, lentement poursuivie par les Rois, réalisée soudainement par la Révolution, a effacé l'intérêt des conflits entre les coutumes. En quelques années, les noms de Froland, de Bouhier, de Boullenois, tombent dans l'oubli. Avec eux s'effondre cette Doctrine italienne des statuts que des juristes de leur temps ont fait revivre en Allemagne, et dont il se sont fait eux-mêmes — ni très consciemment, ni très fidèlement — l'écho. Pour les auteurs de notre Code d'instruction criminelle, Bartole paraît presque un inconnu.

Si donc l'époque révolutionnaire a vu, d'abord, l'affirmation la plus intransigeante du principe *territorial*, c'est aux *publicistes* du XVIIIe siècle qu'il faut en demander la raison. La situation politique ne suffit pas à en rendre compte. — Le phénomène que présente la France révolutionnaire est celui-là même dont la Hollande du XVIIe siècle avait été le théâtre. L'exclusivisme jaloux d'où procède l'affirmation d'une compétence uniquement territoriale est le fait d'un peuple qui vient de naître à l'indépendance. — Il est vrai : mais est-ce bien un fait *nécessaire*? L'exemple du nationalisme italien qui devait, quelques années plus tard, engendrer la doctrine de la personnalité du Droit, prouve nettement le contraire (1). — Pour expliquer la territorialité du droit pénal révolutionnaire, il faut donc faire intervenir *aussi* l'influence des publicistes. Elle ne résulte pas seulement du rôle capital qu'ils ont joué dans la direction des idées. Elle se prouve, matériellement, par l'emploi d'une terminologie qui leur est propre, et que l'on a relevée dans certains monuments de jurisprudence, à la fin du XVIIIe siècle. Cette terminologie se retrouve dans les écrits de Merlin qui, devenu ministre de la Justice, fut l'inspirateur de certains Codes révolutionnaires, et notamment du Code de brumaire an IV.

Le système de la compétence territoriale, qui triomphe encore dans le Code de 1808, devait subir quelques atteintes, en rapport

(1) En ce sens Lainé, *La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en droit international privé*, *Revue de droit international privé*, 1905, p. 21 et s.

avec les changements du milieu politique et social où il était né. A l'égoïsme scientifique des philosophes français du XVIIIe siècle s'oppose l'idéalisme humanitaire qui, procédant de Grotius, puis de Leibniz, trouve son expression la plus haute au XIXe siècle, dans les écrits de Kant. Ce courant humanitaire s'est manifesté en France, où, même à l'époque révolutionnaire, il sera permis d'en suivre les traces. Sous la monarchie de juillet, un essai de conciliation entre les deux tendances aboutit aux spéculations de l'école éclectique. Et c'est alors que sont déposés, dans le sens d'un élargissement de la compétence criminelle, les premiers projets de réforme du Code d'instruction criminelle. — Qu'on ne s'y trompe pas, cependant! Lorsque, sous le second Empire, — en 1866 seulement — cette réforme aboutit, une nouvelle transformation s'est opérée dans le milieu politique, et elle a eu sur l'esprit, sinon sur la direction générale, de la réforme, son indéniable répercussion. Si par la loi de 1866 une importante extension de la compétence personnelle s'est produite, elle n'est le fruit ni d'un sentiment de justice, ni d'une conception humanitaire. Comme il résulte des travaux préparatoires de la loi et de ses dispositions même, elle procède du sentiment qui, dans les époques d'impérialisme, et notamment en France, au XVIIe siècle, a donné pour règle à la compétence pénale l'*intérêt de l'État*.

Sous la réserve de quelques modifications postérieures, la loi du 27 juin 1866 est aujourd'hui encore en vigueur. Il semble donc que nous devrons conclure au désaccord d'une législation vieillie avec les besoins d'une époque où la tendance humanitaire, cosmopolite s'est exprimée plus énergiquement, plus éloquemment que dans le passé — et par conséquent à la nécessité d'une réforme. Raisonner ainsi, sans restriction, serait négliger l'œuvre de la jurisprudence, et celle de la diplomatie. Il faudra montrer comment pour répondre aux besoins de la pratique, et au désir de justice internationale de plus en plus répandu, l'une et l'autre ont réussi à « boucher les trous » d'une réglementation qui paraît étroite, et tendu à changer l'esprit de la loi qu'elles avaient mission d'appliquer. Sous le masque législatif, on verra ainsi reparaître, dans ses traits essentiels, victorieuse de l'oubli où son fondateur et ses principaux représentants sont tombés, l'ancienne Doctrine italienne des statuts. Tant il est vrai que l'œuvre de Bartole, née sur un territoire où les relations entre États étaient complexes, et procédant d'un grand désir de justice, devait conquérir une jeunesse nouvelle, le jour où le milieu favorable à son éclosion se représentait.

Section I

Les précédents, l'élaboration, la promulgation des articles 5 à 7 du Code d'instruction criminelle.

Sommaire. — A l'époque révolutionnaire, deux tendances en conflit : doctrine politique d'une souveraineté purement territoriale, représentée par certains décrets de l'assemblée législative, la jurisprudence, l'œuvre de G. F. de Martens. — Thèse humanitaire et universaliste, exprimée dans *la Déclaration de l'abbé Grégoire* et le Décret du 2 frimaire an II de la Convention. — Dispositions transactionnelles du Code de brumaire an IV. — Dans les travaux préparatoires du Code d'instruction criminelle, triomphe, presque complet, du système territorial.

On a justement relevé l'existence, à travers la période révolutionnaire, d'un double courant d'idées : d'une part, la tendance individualiste, libérale, humanitaire, qui a trouvé son expression immortelle dans les termes généraux de la *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*; d'autre part, la tendance socialiste, autoritaire, nationaliste, d'où procèdent, notamment, les lois restrictives du droit d'association et des autres libertés individuelles.

On dit souvent que la première doctrine a inspiré le législateur de la Constituante; que la seconde, qui est celle de J.-J. Rousseau, a guidé les hommes de la Convention. Cette opposition entre les deux Assemblées est, à bien des égards, artificielle et fausse. Il n'est plus à démontrer que l'influence du philosophe de Genève a dominé, dès ses débuts, le mouvement révolutionnaire. D'ailleurs, Jean-Jacques n'a-t-il pas été à la fois, par une contradiction qu'on s'est efforcé de résoudre — l'homme de la nature, et l'homme du Contrat social?

Dans le domaine de la compétence criminelle, ces deux doctrines se sont manifestées : l'une par une affirmation absolue du principe territorial : l'autre, au contraire, par une tendance marquée vers l'organisation d'une répression solidaire, internationale.

Le point de vue territorial est représenté d'abord, en législation, par le fameux décret de l'Assemblée législative, des 3-7 septembre 1792, qui ordonne la mise en liberté immédiate de tous étrangers détenus sur les galères du Roi, pour infractions commises hors du territoire :

L'Assemblée nationale :

« *Attendu qu'il y a des étrangers détenus aux galères de France à la suite des jugements rendus par les tribunaux français pour délits commis hors du Royaume, et qu'il s'agit de statuer sur la liberté de ces étrangers; que les étrangers prévenus de délits dans leur patrie n'ont pu être légalement jugés que selon les lois de leur pays et par leurs magistrats; que les peines ne doivent avoir lieu que là où les crimes ont été commis, et que ce serait tolérer une atteinte à la souveraineté des peuples, pour laquelle la France donnera toujours l'exemple du respect, que de retenir sur ses galères des étrangers qui n'ont point blessé ses lois,*

Décrète ce qui suit :

Il ne sera retenu sur les galères de France aucun étranger pour crimes commis hors du territoire français ».

Ainsi se trouvent affirmées : d'abord, la territorialité de la loi pénale; ensuite, la territorialité de la compétence judiciaire : les deux solutions justifiées par une idée politique, dans l'énoncé de laquelle on a reconnu le style de J.-J. Rousseau : l'idée que la souveraineté elle-même s'arrête aux limites du territoire.

Faisant une autre application de la même idée, une jurisprudence conforme aux conclusions du Procureur général Merlin refuse toute force exécutoire, toute autorité de chose jugée aux sentences étrangères, qu'elles soient prononcées en matière civile ou criminelle (arrêt du 18 pluviôse, an XII) (1), et décide, inversement (arrêt du 7 janv. 1807), que la mort civile prononcée en France contre un émigré français est sans effet hors du territoire de la France (2).

Cette législation, cette jurisprudence ont leur théoricien : le publiciste suisse G. F. de Martens, qui fait paraître, en 1796, l'édition allemande de son « *Précis du Droit des gens moderne de l'Europe*, fondé sur les traités et l'usage » (3). Dans cet ouvrage

(1) Merlin, *Recueil de questions de droit*, v° *Jugement*, t. V, p. 105 et suiv.

(2) Merlin, *Répertoire*, t. VIII, v° *Jugement*. Arrêt du 7 janvier 1807, au rapport de M. Oudot : « Attendu..... que les émigrés français n'étaient réputés morts civilement que relativement à la France; qu'ainsi les peines prononcées contre eux en France ne s'opposaient pas à ce qu'ils estassent en jugement dans les pays étrangers... ».

(3) G. F. de Martens : *Précis du Droit des Gens moderne de l'Europe, fondé sur les traités et l'usage*, avec des notes de Pinheiro-Ferreira, Paris, 1831.

où il affirme que « le pouvoir législatif s'étend sur toutes les personnes et sur tous les biens qui se trouvent dans l'État », que, dans la règle, la loi ne produit d'effet que dans l'État pour lequel elle est donnée, et ne s'étend pas sur d'autres États et sur leurs sujets (1), l'auteur décide, en termes absolus, que « l'effet d'une sentence criminelle ne s'étend pas hors des limites du territoire, sur la personne ou sur les biens de celui qui a été condamné ; tellement que celui qui a été déclaré infâme chez nous n'encourt à l'étranger qu'une *infamie de fait, non de droit* (2) ». S'il admet une certaine personnalité des lois civiles et reconnaît la validité internationale d'un acte conforme à la *lex loci* (3), s'il va jusqu'à dire qu' « il est même des cas où l'on est autorisé à punir un étranger qui, après avoir commis un crime dans un autre pays vient se retirer chez nous (4) » ces exceptions ne procèdent pas de l'idée de justice, mais d'une vague notion des convenances internationales (5). Il n'y a pas d'*obligation parfaite* de punir, même sur la sollicitation d'une puissance étrangère, l'auteur d'un crime commis à l'étranger. Enfin, Martens n'a pas assez de sarcasmes pour la « Déclaration du Droit des gens » de l'abbé Grégoire (6).

« Dans ma *Déclaration*, a écrit l'abbé Grégoire (7), j'avais consacré *les principes éternels de la liberté des peuples* ». Sa Déclaration est donc l'expression de la tendance idéaliste, libérale, cosmopolite, opposée à celle qui triomphe dans le décret de 1792, dans la jurisprudence, et qui s'affirme dans les écrits de Martens.

(1) Martens, *op. cit.*, § 86, p. 205.
(2) Martens, *op. cit.*, § 104, p. 238.
(3) Martens, *op. cit.*, § 86, p, 205.
(4) Martens, *op. cit.*, § 100, p. 229.
(5) L'annotateur de G. F. de Martens, Pinheiro Ferreira (*op cit.*, note 48, p. 131) combat, dans les termes suivants, la théorie de l'auteur : « Ce n'est pas, dit-il, une affaire de complaisance, ainsi que M. de Martens nous la présente, et moins encore une faveur dépendant de conventions spéciales entre les gouvernements ou sujette à des exceptions, que la poursuite des crimes commis en pays étranger, du moment que le criminel se trouve établi ou est venu se réfugier chez nous, et où son accusateur, quel qu'il puisse être, un individu particulier ou un gouvernement par son fondé de pouvoirs, s'adresse à nos tribunaux pour demander que le coupable soit jugé d'après les lois dont il est venu chercher la protection, et dont, par conséquent, il doit subir la rigueur ».
(6) Martens, *op. cit.*, Préface, p. 12.
(7) *Mémoires* de Grégoire, t. I, p. 428.

Or, c'est devant la Convention, le 18 juin 1793, que l'abbé Grégoire, ancien président de la Constituante, lut sa Déclaration du Droit des Gens. La situation intérieure était troublée, la situation extérieure menaçante. L'Europe, a-t-on pu dire (1) marchait contre la France, la moitié de la France contre Paris, Paris contre la Convention, la Montagne contre la Gironde. On discutait le chapitre XXV de la Constitution de l'an III : *Des rapports de la République française avec les nations étrangères*. Grégoire se leva et lut les articles de sa Déclaration, dont on reproduit ci-dessous les plus importants :

Art. 1er. — Les peuples sont entre eux dans l'état de nature ; ils ont pour lien la morale universelle.

Art. 2. — Les peuples sont respectivement indépendants et souverains, quel que soit le nombre d'individus qui les composent, et l'étendue du territoire qu'ils occupent. Cette souveraineté est inaliénable.

Art. 3. — Un peuple doit agir à l'égard des autres comme il désire qu'on agisse à son égard ; ce qu'un homme doit à un homme, un peuple le doit aux autres peuples.

Art. 4. — Les peuples doivent, en paix, se faire le plus de bien, et, en guerre, le moins de mal possible.

Art. 5. — L'intérêt particulier d'un peuple est subordonné à l'intérêt général de la famille humaine.

Art. 6. — Chaque peuple a le droit d'organiser et de changer les formes de son gouvernement.

Art. 12. — Un peuple a le droit de refuser l'entrée de son territoire et de renvoyer l'étranger quand sa sûreté l'exige.

Art. 13. — Les étrangers sont soumis aux lois du pays et punissables par elles.

Art. 14. — Le bannissement pour crime est une violation indirecte du territoire étranger.

Art. 15. — Les entreprises contre la liberté d'un peuple sont un attentat contre tous les autres.

Art. 16. — Les ligues qui ont pour objet une guerre offensive, les traités ou les alliances qui peuvent nuire à l'intérêt d'un peuple sont un attentat contre la famille humaine.

Art. 17. — Un peuple peut entreprendre la guerre pour défendre sa souveraineté, sa liberté, sa propriété.

(1) Mme L. Chevalley, *La Déclaration du Droit des Gens de l'abbé Grégoire* (1793-1795). *Étude sur le Droit international public intermédiaire.*

En 1793, le projet de l'abbé Grégoire ne fut pas adopté par la Convention : on lui reprocha de s' « extravaser en opinions philosophiques (1) ». Lorsqu'en 1795, en des circonstances moins troublées, il le reprit devant elle, et le défendit dans un discours éloquent, l'Assemblée, conquise, vota l'impression de ce discours; mais, se ressaisissant, le lendemain 24 avril, à la voix de Merlin, elle rapporta son décret (2). Il lui sembla que la Déclaration de l'abbé Grégoire, adoptée par elle, menaçait de jeter la France en de nouveaux conflits. C'était une déclaration nationale de droit international. Politiquement, elle eût constitué la faute d'engager le peuple qui l'eût souscrite, sans faire naître, à son profit, aucun droit corrélatif.

Historiquement, elle reste — malgré l'oubli presque complet où elle est bientôt tombée, — comme un monument curieux de l'idéalisme révolutionnaire. Par ses termes, elle rappelle quelquefois la terminologie de J. J. Rousseau. La plupart des solutions semblent avoir été empruntées par l'auteur à Vattel. Mais l'inspiration remonte à Grotius. Les idées philosophiques sur lesquelles repose toute la politique de Grotius se retrouvent.

D'abord, *la distinction du Droit naturel et du Droit des gens.* Dans son discours de 1795, devant la Convention, Grégoire oppose au premier qui est « invariable, parce qu'il est le prononcé immédiat de la nature », le second qui est « arbitraire et conventionnel; il forme la jurisprudence des sociétés politiques, et ne peut avoir force de loi que par la ratification expresse ou tacite des parties contractantes, c'est-à-dire de tous les peuples qui tous, à cet égard, possèdent en commun la puissance législative (3) ». Or le droit qui régit les hommes et les États à l'état de nature n'est pas seulement la raison naturelle de défense pratique, réaction instinctive contre l'attaque : c'est la loi naturelle, la « morale universelle ». Par

(1) Dès auparavant (19 et 24 avr. 1793) la Convention avait refusé également d'adopter les principes suivants proposés par Robespierre après un exposé de politique extérieure :

Celui qui opprime une nation se déclare l'ennemi de toutes.

Ceux qui font la guerre à un peuple pour arrêter les progrès de la liberté et anéantir les droits de l'homme doivent être poursuivis par tous, non comme des ennemis ordinaires, mais comme des assassins et des brigands rebelles.

Les rois, les aristocrates, les tyrans quels qu'ils soient, sont des esclaves révoltés contre le souverain de la terre, qui est le genre humain, et contre le législateur de l'univers, qui est la nature.

(2) Mme L. Chevalley, *op. cit.*, p. 28 et suiv.

(3) Mme L. Chevalley, *op. cit.*, p. 19.

desssus la tête de ses successeurs allemands, Puffendorf, Wolff et Vattel, Grégoire remonte à Grotius : réaction facilitée par les idées de Montesquieu et de Rousseau sur la bonté naturelle de l'homme.

Ensuite, *l'assimilation de l'État, comme sujet de droit, à l'individu.* Par là encore, Grégoire se rattache à Grotius, mais il s'éloigne de ses successeurs qui ont vu dans l' « indépendance » réciproque des États, dans leur « souveraineté » dans leur « domaine » des attributs propres à l'Etat, que rien, chez l'individu, ne rappelle. Il s'éloigne, plus encore, de Rousseau. Plus moraliste que juriste — comme Grotius — Grégoire n'estime pas qu'il puisse y avoir pour les États une morale autre que pour les individus « par cela seul, dira-t-on après lui, qu'il ne saurait y avoir deux morales ». Et c'est pourquoi il propose une « déclaration des droits des nations », comme pendant à la déclaration des droits de l'homme.

Enfin, *le rôle de la guerre comme sanction pénale.* Il résulte, logiquement, de l'idée précédente. La guerre est la sanction du principe de *solidarité humaine* qui unit les États entre eux, comme les individus. La loi naturelle autorise tout peuple à défendre sa liberté. Or « les entreprises contre la liberté d'un peuple sont un attentat contre tous les autres ». La guerre s'imposera comme sanction pénale, jusqu'au jour où le délinquant sera déféré à une juridiction internationale, assistée d'une force internationale. « C'était un beau rêve, dit Grégoire, que celui du publiciste de Saint-Pierre. Mais pourquoi désespérer que jamais il se réalise ? Lorsqu'on connaît les lucamones des Étrusques, la ligue des Achéens et le corps amphyctionique, la différence n'est que de plus ou moins ».

En faveur de ses assertions sur la solidarité des peuples, Grégoire, dans son discours de 1795, pouvait citer un acte législatif de la Convention. « Tandis que les tyrans, disait-il, s'efforçaient de contrefaire nos assignats, par votre loi du 2 frimaire an II vous décerniez la même peine contre les fabricateurs de fausse monnaie étrangère que contre les fabricateurs de fausse monnaie nationale : ce décret qui vous honore est une grande idée morale que vous avez mise en circulation parmi les peuples ».

Les motifs du décret auquel Grégoire faisait ainsi allusion ne sont pas moins significatifs que la décision elle-même :

La Convention nationale...

Considérant que dans l'état actuel de la législation criminelle de la République, les fabricateurs de fausse monnaie étrangère ne doivent

être punis que comme coupables de faux en effet de commerce, et qu'on ne peut. par conséquent, leur appliquer d'autres peines que six années de fers prononcées par l'article 43 de la 2e section du titre II de la 2e partie du Code pénal;

Que néanmoins, il est de la loyauté française de ne mettre, relativement à un crime qui blesse aussi essentiellement les intérêts de toutes les nations, *aucune différence entre la punition d'un fabricateur de fausse monnaie étrangère, et celle d'un fabricateur de fausse monnaie nationale,*

Décrète ce qui suit :

Art. 1er. — Les dispositions des articles 1 et 2 de la 6e section du titre I de la 2e partie du Code pénal sont déclarées communes aux monnaies étrangères et aux autres papiers ayant cours de monnaie en pays étranger.

C'était l'affirmation du point de vue cosmopolite. L'esprit du décret de l'an II, fondé sur la communauté d'intérêts entre les peuples, s'opposait à l'esprit du décret de 1792 qui tenait compte uniquement de leur indépendance réciproque, et limitait la compétence des tribunaux aux infractions perpétrées à l'intérieur des frontières. Les circonstances n'avaient pas tardé à montrer les inconvénients d'une répression purement territoriale. Des légions de malfaiteurs s'étaient formées qui, leurs infractions commises dans les régions limitrophes d'Etat voisins, venaient se placer sous la protection des lois de la République. Aussi les premiers articles du Code de brumaire an IV, rédigés sur le rapport de Merlin, marquent-ils un effort de réaction contre le système territorial, et un retour timide à l'ancienne jurisprudence.

Art. 11. — Tout Français qui s'est rendu coupable, hors du territoire de la République, d'un délit auquel les lois françaises infligent une peine afflictive ou infamante, est jugé et puni en France, lorsqu'il y est arrêté.

Art. 12. — Sont, dans les mêmes cas, jugés et punis en France, les étrangers qui ont contrefait, altéré ou falsifié hors du territoire de la République soit la monnaie nationale, soit des papiers nationaux ayant cours de monnaie, ou qui ont exposé sciemment hors du territoire de la République soit des monnaies nationales contrefaites ou altérées, soit des papiers nationaux ayant cours de monnaies, contrefaits ou falsifiés.

Art. 13. — A l'égard des délits de toute nature, les étrangers qui

sont prévenus de les avoir commis hors du territoire de la République ne peuvent être jugés ni punis en France. Mais, sur la preuve des poursuites faites contre eux dans le pays où ils les ont commises, si ces délits sont au nombre de ceux qui attentent aux personnes et aux propriétés, et qui d'après les lois françaises emportent peine afflictive et infamante, ils sont condamnés par les tribunaux correctionnels à sortir du territoire français avec défense d'y rentrer, jusqu'à ce qu'ils se soient justifiés devant les tribunaux compétents.

Sans doute, la préoccupation dominante, chez le législateur de l'an IV, semble avoir été de défendre des intérêts français. Sans doute, la répression extraterritoriale est limitée aux délits qui emportent peine afflictive et infamante, c'est-à-dire, en un temps où la terminologie n'était pas encore fixée, aux *crimes*. Sans doute enfin, elle est subordonnée à la présence du délinquant sur le territoire, et, l'on doit entendre par là, comme il résulte d'un arrêté consulaire du 18 frimaire an VIII, à sa présence *volontaire* (1). — Mais la personnalité de la compétence pénale était reconnue. La compétence était admise, en principe, même à l'égard des infractions de droit commun commises par des étrangers à l'étranger : et si, pour des raisons pratiques telles que la difficulté de la preuve, l'entretien coûteux des condamnés, etc. on s'abstint de la rendre

(1) *18 frimaire an VIII. Les Consuls de la République chargés spécialement de l'établissement de l'ordre dans l'intérieur, après avoir entendu le rapport du ministre de la police générale :*

Considérant :

1° Que les émigrés détenus au château de Ham ont fait naufrage sur les côtes de Calais;

2° Qu'ils ne sont dans aucun cas prévu par les lois sur les émigrés;

3° Qu'il est hors du droit des nations policées de profiter de l'accident d'un naufrage pour livrer même au juste courroux des lois des malheureux échappés aux flots :

Arrêtent :

Art. 1. — Les émigrés français naufragés à Calais le 23 brumaire an VI seront déportés hors du territoire de la République;

Art. 2. — Les ministres de la police générale et de la guerre sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent arrêté qui sera imprimé au Bulletin des Lois.

Les Consuls de la République.

Signé : Roger-Ducos, Sieyès, Bonaparte.

Les raisons politiques qui ont déterminé la libération des naufragés sont exposées par Travers, *Des arrestations au cas de venue involontaire sur le toire*, *Revue de droit international privé*, 1917, p. 627 et suiv.

effective (1), on eut recours, néanmoins, à des mesures judiciaires qui prévenaient un scandale et qui pouvaient déterminer la répression. Le 18 vendémiaire an VI cependant, le pouvoir d'expulsion fut retiré à l'autorité judiciaire, et réservé au Gouvernement.

Le jour où les rédacteurs du Code d'instruction criminelle furent appelés à statuer sur la compétence pénale, la doctrine révolutionnaire de la territorialité semblait vaincue.

Or, c'est le principe territorial qui, comme on va le voir, se dégage, victorieux, de l'œuvre législative entreprise au début de l'Empire. La rédaction des codes — du Code d'instruction criminelle en particulier — avait été confiée, non à des praticiens imbus, comme Merlin, de l'ancienne jurisprudence, ni à des philosophes, comme l'abbé Grégoire, mais à des hommes d'Etat pénétrés de l'esprit autoritaire du nouveau Régime. Telle est, croyons-nous, l'explication la plus naturelle du revirement qui s'est produit.

C'est dans le Code civil de 1804 qu'il faut chercher l'expression positive du principe territorial.

Art. 3, § 1. — Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Il résulte de déclarations formelles qui furent faites au cours des travaux préparatoires que le terme « lois de sûreté » embrasse notamment « les lois pénales » (2). Bouhier, qui, dans son ouvrage, distingue ces deux catégories : lois de police et lois pénales, les avait déclarées *réelles*, les unes et les autres. Leur « réalité » était maintenue, au sens où le commentateur de la Coutume de Bourgogne l'avait entendue. La pensée du législateur se dégage d'ailleurs des rédactions successives qui, pour le futur art. 3, ont précédé le texte définitif énoncé ci-dessus :

(1) Mendelssohn-Bartholdy. *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, vol. VI, p. 204.

(2) Lainé. *La rédaction du Code civil... Revue de droit international privé* 1905, p. 37 et suiv. Dans la séance du 14 thermidor an IX, le premier Consul demanda si l'étranger était soumis aux lois criminelles. Boulay lui répondit que la section avait entendu comprendre ces lois dans l'expression générique de *lois de sûreté*.

Projet de l'an VIII. — *La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire ; l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède* et pour sa personne pendant sa résidence.

Projet de l'an IX. — *La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire; l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède, et* personnellement en tout ce qui concerne la police, pendant sa résidence.

Texte définitif. — Les lois de police et de sûreté *obligent tous ceux qui habitent le territoire.*

Ces changements de rédaction s'expliquent surtout par la difficulté suivante, que souleva le tribunal de Grenoble, quand le projet lui fut soumis pour observations (1) : les lois sur l'état et la capacité des personnes régissent-elles les étrangers résidant sur le territoire? Cette question, la doctrine statutaire l'avait constamment résolue par la négative. La discussion confuse à laquelle elle donna lieu témoigne de l'oubli presque complet où notre ancienne jurisprudence, où la doctrine de nos anciens auteurs, était tombée. Le législateur s'abstint, sur ce point, d'une solution expresse. Mais l'application aux étrangers de toutes autres lois, et notamment des lois pénales, est consacrée, formellement ou implicitement, par l'article 3 du Code civil.

La question de territorialité s'est posée ensuite, sous sa forme négative, devant les rédacteurs du Code d'instruction criminelle. La compétence des juridictions françaises et de la loi française s'étendrait-elle aux infractions qui seraient commises par des Français ou par des étrangers à l'étranger? Sans examiner, pour le moment, la préparation d'un projet qui, après la discussion en Conseil d'État, du 31 mai au 4 octobre 1808, fut l'objet d'une communication officieuse à la commission de législation du Corps législatif, d'une conférence entre ses membres et ceux de la section de législation du Conseil d'Etat — et fut enfin adopté par le Corps législatif le 17 novembre 1808 (2) — il convient de mettre sous les yeux du lecteur le résultat de cette élaboration. Le texte des articles 5 à 7 du Code d'instruction criminelle est important, puisqu'il devait constituer, pendant la première moitié du XIXe siècle, sur le point qui nous intéresse, le droit positif français :

Art. 5. — Tout Français qui se sera rendu coupable, hors du terri-

(1) Lainé, *loc. cit.*, p. 33.
(2) Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 505.

toire de la France, d'un crime attentatoire à la sûreté de l'État, de contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies nationales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par la loi, pourra être poursuivi, jugé et puni en France, d'après les dispositions des lois françaises.

Art. 6. — Cette disposition pourra être étendue aux étrangers qui, auteurs ou complices des mêmes crimes, seraient arrêtés en France ou dont le gouvernement obtiendrait l'extradition.

Art. 7. — Tout Français qui se sera rendu coupable, hors du territoire de l'Empire, d'un crime contre un Français, pourra, à son retour en France, y être poursuivi et jugé, s'il n'a pas été poursuivi et jugé en pays étranger, et si le Français offensé rend plainte contre lui.

Ainsi, la compétence des juridictions et de la loi française est largement étendue à toutes infractions commises à l'étranger contre la sûreté ou le crédit de l'Etat; l'énumération de ces infractions, si on la rapproche de celle contenue dans la loi de brumaire an IV, est étendue. Par une singularité difficilement explicable, la poursuite, à l'égard d'un *étranger* coupable de ces infractions, est subordonnée à sa *présence*, volontaire ou forcée. La procédure par contumace est exclue.

Quant aux infractions de droit commun commises à l'étranger, la poursuite n'aura lieu que si l'agent et la victime sont tous deux des nationaux.

Il faut d'ailleurs que l'infraction soit un *crime*. La poursuite est subordonnée à la plainte de la partie lésée. Elle est facultative pour le ministère public. Elle n'aura lieu que si le coupable est rentré volontairement en France. Elle est exclue par la chose jugée à l'étranger, celle-ci étant indifférente, au contraire, à l'égard des infractions contre la sûreté et le crédit de l'Etat.

Pour compléter, sur le point qui nous occupe, ce tableau de la législation impériale, il faut rappeler les textes du Code pénal de 1810 (art. 75 et suiv.) qui prévoient les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'État, et les punissent « soit que les machinations et manœuvres énoncées en ces articles aient été commises envers la France, soit qu'elles l'aient été envers les alliés de la France, agissant contre l'ennemi commun » ; — les articles 84 et 85 qui punissent du bannissement quiconque a, par des actions hostiles, non approuvées par le Gouvernement « exposé l'État à une déclaration de guerre » ou « des Français à éprouver des représailles » ; — enfin les articles 132 et 133 qui, après avoir frappé d'une peine très rigoureuse, les travaux forcés à perpétuité « quiconque a contrefait ou altéré les monnaies d'or et d'argent ayant cours légal en France », punissent d'une peine *moindre* —

les travaux forcés *à temps* — « tout individu qui aura, *en France*, contrefait ou altéré des monnaies étrangères... ».

Quel est donc l'esprit de cette législation napoléonienne? A quel principe se rattache-t-elle? Quelle place occupe-t-elle dans le développement historique du droit pénal international? C'est dans les procès-verbaux du Conseil d'Etat (1) où sont rapportées les discussions préparatoires du Code d'instruction criminelle qu'il faut chercher, surtout, la réponse à cette question.

Trois opinions se trouvent en présence.

Le système de la stricte territorialité est défendu par *Treilhard*. Il refuse au juge français toute compétence à l'égard des infractions, de toute nature, commises à l'étranger. Il fait valoir les difficultés pratiques auxquelles se heurterait la réunion des preuves. Il objecte que ces infractions ne peuvent être jugées, ni en vertu des lois françaises qui « ne régissent pas celui qui vit en pays étranger » ni en vertu des lois étrangères « puisqu'elles sont sans autorité parmi nous ». Il rappelle que, dans la pratique, le seul juge compétent est celui du lieu où le délit a été commis : le tribunal criminel de Paris ne peut punir des crimes entièrement consommés à Toulouse (2).

Ni *Defermon*, ni *Bérenger* n'admettent sous cette forme absolue le système de la territorialité. Mais s'ils approuvent l'extension de la compétence pénale à l'égard de crimes commis à l'étranger, c'est seulement lorsqu'il s'agit d'infractions dirigées *contre la sûreté ou le crédit de l'Etat*. La sûreté mutuelle des peuples « leur a fait placer ce principe dans le droit des gens qui n'oblige pas moins que le droit civil »; et l'auteur du délit ne peut ignorer « qu'il commet un crime pour lequel, en vertu du droit des gens, il encourra la peine prononcée par les lois du pays dont il a contrefait les signes de la valeur » (3).

Enfin *Target* paraît favorable à une plus large extension de la compétence pénale. Il dit qu' « un Français qui n'a point abdiqué sa patrie demeure, quant à sa personne, soumis aux lois de son pays partout où il se trouve, » et s'annonce ainsi partisan de la personnalité active. Il ajoute que « nos lois protègent les Français

(1) Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France* ou *Commentaire et complément des Codes français*, t. XXIV, p. 112 et suiv.

(2) Locré, *op. cit.*, p. 112.

(3) Locré, *op. cit.*, p. 114.

en quelque lieu qu'ils soient », et fait ainsi prévoir son adhésion au système de la protection des nationaux (1). Puis, par une timidité inattendue et inexpliquée, il exige *à la fois*, pour permettre l'intervention de la souveraineté personnelle, la nationalité française de l'agent *et* de la victime! — Et c'est, on s'en souvient, la solution qui a prévalu.

Ce qui frappe, dans cette discussion, c'est l'ignorance où semblent être tous les orateurs des précédents historiques.

La tradition, transmise par Jousse, Rousseau de Lacombe et Muyart de Vouglans, consacrait la triple compétence du *forum delicti*, du *forum domicilii*, du *forum deprehensionis*. Cette tradition, les rédacteurs du Code d'instruction criminelle l'ont maintenue formellement, dans leur article 23, pour les rapports de droit interne. Mais aucun d'eux n'admet l'application, en droit international, d' « un arrangement qui n'a pour but que d'établir de l'ordre dans l'administration de la justice (2) ».

La tradition consacrait une distinction séculaire, entre la compétence judiciaire et la compétence législative. Les rédacteurs du Code n'avaient qu'un coup d'œil à jeter sur les écrits du XVIIIe siècle, ceux de Boullenois et de Bouhier notamment, pour s'apercevoir que l'application par le juge, en matière pénale, d'un statut personnel étranger, avait été maintes fois envisagée. Aucun d'eux, cependant, ne parait concevoir que le juge répressif français puisse appliquer une autre loi que la loi française.

La tradition humanitaire, issue de Grotius et de son École, apportait, à l'application rigoureuse du système territorial, les multiples tempéraments que dictait l'*æquitas*, la courtoisie internationale, et qu'avait admis le Droit des gens. Le terme « *droit des gens* » revient sur les lèvres de Bérenger (3), qui l'oppose au « droit civil ». Mais quelle en est la signification précise? A cette question, Portalis, dans le *titre préliminaire* du Code civil, avait répondu, et sa définition l'emporte encore, en netteté, sur celle de l'abbé Grégoire (4). Mais Bérenger n'avait pas l'esprit philosophique de Por-

(1) Locré, *op. cit.*, p. 116.

(2) Locré, *op. cit.*, p. 115.

(3) Locré, *op. cit.*, p. 114. Bérenger dit qu' « il lui semble que le droit des gens n'est pas aussi peu positif qu'on l'a prétendu. Il en est de ce droit comme de presque toutes les lois qui ont existé autrefois : elles n'étaient point écrites; ce n'étaient que des coutumes, et cependant on s'en servait pour punir les crimes... ».

(4) Portalis, *Livre préliminaire du Code civil*, it. I, art. 3 : « Le droit exté-

talis. Son « droit des gens » se borne à ce rôle modeste : il justifie la réaction pénale de l'État contre les attentats, extérieurs à lui, qui le menacent.

La seule idée nette, qui émerge, et qui est suivie dans ses conséquences, est celle de l'absolue *territorialité* du droit pénal. Sous l'influence de Beccaria et de Rousseau, cette idée dominait, dans la conscience juridique. Quand, par la force même des choses, on dut lui apporter des exceptions, on s'efforça d'en restreindre la portée, en les déguisant. Ainsi, Defermon, s'il veut bien admettre la compétence des juridictions françaises pour une infraction commise à l'étranger contre un Français, a soin de supposer que le lieu de commission est *voisin du territoire*. C'est, dit-il, un Français qui attire son ennemi un peu au delà des frontières, lui porte le poignard dans le sein, et rentre ensuite dans ses foyers (1). — Target, visant la même hypothèse, a soin d'observer que le crime commis en ce cas hors de France a presque toujours été prémédité *en France*, et qu'il est utile que la loi française établisse cette présomption (2). — Le prince archichancelier de l'Empire conclut : Si le Français qui, dans l'étranger, a attenté à la personne d'un Français, « est déclaré justiciable de nos tribunaux et punissable suivant nos lois », ce n'est pas « pour les cas oiseux où l'article ne pourrait pas recevoir son application, mais pour les cas où le crime a été prémédité *en France*, ou exécuté à peu de distance des frontières par celui qui a su attirer hors de notre territoire l'homme qu'il se proposait d'assassiner » (3).

Même la réaction pénale de l'Etat contre les délits, commis à l'étranger, qui le menacent, admise sur le fondement du *droit des gens* de Bérenger, s'offre timidement, sous le voile d'une *quasi-territorialité*. Si la contrefaçon des monnaies françaises, ayant eu lieu à l'étranger, est punie en France, c'est, dit-on, qu'elle a des suites *sur le territoire français* (4).

rieur, ou des gens, est la réunion des règles qui sont observées par les diverses nations, les unes envers les autres. »

« Dans le nombre de ces règles, les unes sont uniquement fondées sur les principes de l'équité générale, les autres fixées par des usages reçus ou par des traités. »

« Les premières forment le droit des gens naturel, les secondes le droit des gens positif ».

(1) Locré, *op. cit.*, p. 113.

(2) Locré, *op. cit.*, p. 116.

(3) Locré, *op. cit.*, p. 125.

(4) Locré, *op. cit.*, p. 125 : Le prince archichancelier de l'Empire : « La con-

Enfin, pour tous délits commis à l'étranger, quelle qu'en soit la nature, quel qu'en soit l'auteur, l'intervention de la justice française n'a jamais qu'un caractère facultatif (1).

Loin de constituer, comme on l'a dit, une application, même timide, de la doctrine italienne des statuts, les articles 5 à 7 du Code d'instruction criminelle ont été faits dans une ignorance absolue, ou du moins dans une méconnaissance systématique des précédents, et sous l'influence d'un préjugé exclusif. Ce qui doit surprendre, ce n'est pas qu'une législation aussi imparfaite ait entraîné, dès sa naissance, de graves inconvénients. C'est qu'elle ait subsisté aussi longtemps.

SECTION II.

La réforme des articles 5 à 7 du Code d'instruction criminelle.

SOMMAIRE. — Lacunes graves du système consacré par le législateur de 1808. — L'extradition suffira-t-elle à assurer la répression? — Efforts d'une jurisprudence prétorienne. — Projet de réforme de 1842 : extension de la compétence pénale aux infractions commises par des Français à l'étranger. — Influence des théories de l'école éclectique sur les progrès de la compétence personnelle. — Projet de 1852 : première application de la personnalité passive (protection des nationaux); échec de la loi. — Jurisprudence relative à l'efficacité des sentences étrangères, quant à l'autorité négative de la chose jugée : nouvelle application du principe territorial. — En 1866, la réforme aboutit, sous l'influence de considérations politiques : la personnalité, désor-

trefaçon n'est un délit qu'autant qu'elle a des suites en France. Un étranger qui, par curiosité, imiterait nos effets publics et ne se servirait pas de son ouvrage ou l'anéantirait, ne se rendrait pas coupable. Pour qu'il nous nuise, il est nécessaire qu'il introduise en France et qu'il y mette en circulation la fausse monnaie ou les faux billets qu'il a fabriqués ».

(1) Locré, *op. cit.*, p. 116 : M. Target dit qu' « il est également d'avis d'employer l'expression *pourra* : car, pour que l'étranger puisse être jugé en France, il faut être maître de sa personne... » — p. 118 : Son Exc. le grand juge ministre de la Justice : « ... Il est certain qu'on ne peut livrer aux tribunaux étrangers le Français qui s'est rendu coupable; cependant, faudra-t-il par le Code criminel accorder un brevet d'impunité au coupable que ces tribunaux auraient négligé de poursuivre? S'ils le punissent, l'article n'a plus d'application; et c'est par cette raison qu'on emploie le mot *pourra*; ainsi, on ne blesse pas la maxime : *Non bis in idem* ». — p. 125 : Le prince archichancelier de l'Empire : « Il conviendrait d'employer l'expression *pourra*, afin de subordonner aux circonstances l'application de la loi ».

mais admise, de la compétence pénale, est fondée sur l'intérêt national. — Analyse de la loi du 27 juin 1866.

Le système de répression purement territoriale consacré par le décret du 7 septembre 1792 avait provoqué une incontestable aggravation de la criminalité. La législation de 1808 ouvrait la porte à des abus semblables.

Aucune répression ne pouvait intervenir, en France, pour les crimes et délits commis, à l'étranger, par des Français, *toutes les fois que la victime était étrangère.*

Même au cas d'attentat commis contre un national, la poursuite était subordonnée à *la présence du délinquant sur le territoire.* Une jurisprudence, qui persista, et qui était d'ailleurs conforme à la pensée du législateur, entendait par là une présence *volontaire* (1).

La poursuite était subordonnée encore à la plainte de la victime. Or il pouvait arriver que, dans un cas où l'intérêt social exigeait que la répression intervint, aucune plainte ne fût déposée. Quelques espèces qui furent citées notamment au cours des travaux préparatoires de la loi du 27 juin 1866 prouvent que cette hypothèse n'est pas absolument théorique (2).

Faut-il observer enfin que toutes infractions autres que les crimes échappaient à la répression, du moment qu'elles avaient eu lieu à l'étranger (3) ?

(1) Crim. rej., 5 février 1857, D. P. 57. 1. 132.

(2) *Dalloz*, 1866. IV, 79 et suiv. Lenormant, commissaire du gouvernement : « J'ai eu entre les mains la preuve la plus complète d'un affreux assassinat suivi de vol commis à l'étranger par un Français sur un Français ; l'individu étant en France, j'ai eu à cette occasion entre les mains un modèle d'instruction criminelle faite à l'étranger ;... j'ai eu, Messieurs, je le répète, entre les mains des preuves incontestables contre l'accusé ; eh bien, je l'ai mis en liberté, au nom de la loi et par respect pour elle ; je lui ai remis son argent, c'est-à-dire l'argent de sa victime, *faute d'avoir pu trouver un parent qui pût porter plainte* ».

(3) Certains auteurs ont soutenu, contrairement au texte de l'article 7 et aux travaux préparatoires, mais en se fondant sur l'article 24 du Code d'instruction criminelle qui mentionne la compétence des procureurs impériaux à l'égard des « crimes ou délits commis hors du territoire », que la répression s'étendait aux délits *stricto sensu* commis à l'étranger (Berriat-Saint Prix, *Cours de droit criminel*, chap. IV, n. 4, p. 33). En ce sens : Cour de Colmar, 33 août 1820 (J. de Laporte, année 1821, p. 32). L'interprétation restrictive l'emporta (Cour de cass., 26 sept. 1839, Bull. Cour de cass., 1839, n. 309), justement, car la solution du point controversé ne devait pas [illegible]

Sans doute la compétence territoriale, admise, sous d'insuffisantes réserves, par le législateur, avait pour complément logique et nécessaire l'*extradition des nationaux*. L'observation en avait été faite au cours des travaux préparatoires du Code (1). Une affaire particulièrement scandaleuse — deux Français coupables d'un crime qu'ils avaient prémédité et commis en Italie s'étaient assuré l'impunité en se réfugiant en France — détermina l'intervention du Gouvernement (2). Le décret d'Amsterdam, du 23 oct. 1811, autorisa, dans les termes suivants, l'extradition des Français :

Considérant que, dans la question présentée, il ne s'agit que des crimes commis par un Français hors de France contre des étrangers; que le Français prévenu d'un tel crime ne peut, lorsqu'il s'est réfugié en France, être arrêté, poursuivi et jugé en pays étranger que sur la demande d'extradition qui nous serait faite par le gouvernement qui se prétend offensé...

*Art. 1*er. — *Toute demande d'extradition faite par un gouvernement étranger contre un de nos sujets prévenu d'avoir commis un crime contre des étrangers sur le territoire de ce gouvernement nous sera soumise par notre grand juge, ministre de la Justice, pour être par nous statué ainsi qu'il appartiendra.*

Mais l'extradition des Français répugnait au sentiment national (3). Le décret de 1811 ne fut pas suivi d'exécution. Aucun des traités d'extradition qui furent conclus par la France dans le cours du XIXe siècle n'autorise ni ne rend obligatoire l'extradition des nationaux. Le décret fut regardé comme abrogé par la charte de 1814 et par la constitution de 1830 aux termes desquelles nul Français ne peut être distrait de ses juges naturels.

mais à l'art. 7 qui est le siège de la matière, et auquel, d'ailleurs, l'article 24 renvoie.

(1) Locré, *op. cit.*, p. 117.

(2) Le Poittevin, *De l'extradition des nationaux*, *Journal du droit internat. privé*, 1903, p. 24 et suiv.

(3) Cette idée avait été exprimée au cours des travaux préparatoires du Code d'instruction criminelle : « Il faut se reporter, avait dit Jollivet (Locré, *op. cit.*, p. 119 et s.), à l'usage universel des nations. Jamais elles n'accordent l'extradition de leurs propres concitoyens, à moins que le crime n'ait été commis en partie par eux, et en partie par des sujets de la puissance qui les réclame. C'est ainsi que, dans le procès qui s'instruit actuellement à Strasbourg contre les contrefacteurs des billets de la banque de Vienne, le gouvernement autrichien n'a consenti à laisser juger les Allemands par le tribunal criminel de

Sans doute encore, une jurisprudence prétorienne s'attacha à étendre la répression au delà des limites étroites où le législateur de 1808 semblait l'avoir enfermée. On peut citer comme un exemple curieux de cette tendance l'affaire Sarrazin-Hutchinson, qui donna lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 18 février 1819. La Cour décida que le crime de bigamie résultant du mariage contracté par un Français avec une Anglaise en Angleterre pouvait être jugé en France, l'offensée, c'est-à-dire la jeune fille anglaise, acquérant, par son mariage, la nationalité française (1). Il suffisait d'observer, pour établir la solution contraire, que le mariage, étant atteint de nullité, n'avait pu modifier la nationalité de la femme.

D'autres décisions, qui résistent mieux à la critique, sont inspirées aussi par le sentiment très net d'un élargissement nécessaire de la compétence pénale. Il fut jugé que le délit prévu par les articles 84 et 85 du Code pénal, concernant les actions hostiles envers un pays étranger susceptibles de déterminer des représailles, doit être jugé et puni en France, quels que soient le lieu de l'acte et la nationalité de l'agent (2). — Il fut jugé que l'action publique intentée, conformément à l'article 7 du Code d'instruction criminelle, sur la plainte de la partie lésée, ne peut être arrêtée par le désistement ultérieur du plaignant (3). — Il fut jugé qu'un Français dont l'extradition a été demandée par la France, et qui avant toute décision du Gouvernement étranger se présente volontairement sur le territoire français, peut y être jugé, non seulement pour l'infraction qui a donné lieu à la demande,

Strasbourg que parce que le délit leur était commun avec des Français, et que ce tribunal se trouvait le plus voisin du lieu où il avait été commis ».

(1) Le Sellyer, *Traité de la compétence et de l'organisation des tribunaux* (Paris 1875), t. II, p. 561 et s. ; Mendelssohn-Bartholdy, *Vergleichende Dartellung... Allgemeiner Teil*, vol. VI, p. 207.

(2) Cass., 18 juin 1824. *Sirey chronol.* : « La criminalité prévue et punie par les articles 84 et 85 du Code pénal ne consiste pas dans le fait d'avoir commis des actions hostiles ou des actes non approuvés par le gouvernement, mais dans le fait d'avoir, par ces actions ou ces actes, exposé l'État à une déclaration de guerre, ou les Français à éprouver des représailles... Le préjudice éventuel de ces actions ou de ces actes portait donc contre l'État ou contre les Français... ».

(3) Paris, 20 mars 1846, S. 47. 1. 315 ; Cass., 2 octobre 1852, S. 52. 1. 684 : « La plainte, au point de vue de la criminalité du fait, *la révèle, mais ne la constitue pas.* Au point de vue de la compétence, dont le principe réside dans la protection assurée par la loi française à tous les Français, cette plainte *la met en mouvement, mais ne la crée pas.* Dès lors, tout désistement ultérieur étant sans effet, soit pour dépouiller le fait de sa qualification légale, soit pour faire cesser une compétence préexistante, ne saurait mettre obstacle à la continuation de l'action publique ».

mais pour tout autre crime qu'il a commis, à l'étranger, contre la personne d'un Français (1).

Mais, plus souvent, la tendance extensive de la jurisprudence française s'est heurtée aux termes limitatifs de la loi. Ainsi, il fut jugé à plusieurs reprises, par une application incontestable de l'article 7 et des principes sur la complicité, qu'un acte de recel accompli en France à la suite d'un vol commis à l'étranger, au préjudice d'un étranger, échappe à la compétence des juridictions françaises (2).

Le sentiment d'insécurité que l'application du système territorial a fait naître s'exprime éloquemment dans un discours que prononçait en 1843 à la Chambre des Pairs, saisie enfin d'un projet de réforme, le sénateur Laplagne-Barris : « J'ai eu l'honneur, disait-il (3), de remplir pendant quatre ans les fonctions de procureur général dans un ressort qui embrassait 70 lieues de frontières. Eh bien, il m'est arrivé, non pas 10 fois, 20 fois, mais beaucoup plus souvent, de gémir des chaînes que m'imposait l'article 7 du Code d'instruction criminelle. Il m'est arrivé souvent d'être le témoin de faits qui constituent de véritables attentats à la morale publique ; de faits de nature à dégrader, à altérer la morale dans l'opinion du peuple, surtout de la classe inférieure ; de voir des assassins, des incendiaires, des empoisonneurs, contre lesquels des magistrats français ne pouvaient exercer le plus léger acte de poursuite, et qui avaient commis leur crime à quelques lieues du village où ils avaient établi leur domicile. Ce n'est pas une figure de rhétorique. Permettez moi de vous citer un fait dont j'ai été témoin dans les derniers temps de mon exercice. Un Français, un monstre, habitait un village séparé par une ligne idéale d'un village prussien limitrophe, ayant jadis fait partie de la France, et qui avait cessé de lui appartenir. Il assassina dans le village prussien sa sœur et son beau-frère, et je le laissai libre, se promenant insolemment dans les rues du village français, sans que personne osât lui

(1) Crim. rej., 8 novembre 1860, D. P. 61. 1. 46.

(2) Crim. cass., 17 octobre 1834, S. 35. 1. 33 : « Le recélé fait sciemment des objets volés se rattache nécessairement au vol, puisqu'il ne peut exister sans lui : le complice d'un vol par recélé devant être puni des mêmes peines que le voleur, et le voleur en pays étranger ne pouvant être puni que conformément aux lois de ce pays, les tribunaux français n'ont ni compétence, ni pouvoir pour les appliquer ».

(3) *Moniteur* du 1[illegible] [illegible] 1843 ; Dalloz, 1[illegible], IV. 76.

adresser un reproche : car, violent, menaçant, il intimidait les populations. »

La doctrine s'était associée aux réclamations des praticiens (1).

C'est le 19 février 1842 que fut déposé devant la Chambre des députés le projet de réforme auquel il vient d'être fait allusion (2). Après examen fait par la Commission, l'article 7 du Code d'instruction criminelle, modifié, était rédigé en ces termes :

Art. 7. — Tout Français qui se sera rendu coupable, hors du territoire du Royaume, soit contre un Français, soit contre un étranger, d'un fait qualifié crime ou délit par la loi française pourra, à son retour en France, y être poursuivi et jugé à la requête du ministère public, s'il n'a été jugé définitivement en pays étranger. A l'égard des délits commis hors du Royaume par un Français contre un étranger, il ne pourra être dirigé de poursuites par le ministère public que dans les cas qui auront été déterminés entre la France et les puissances étrangères par des conventions diplomatiques.

Ce texte entraînait une large extension de la compétence pénale.

La loi française suivait les délinquants à l'étranger, quelle que fût la nationalité de la victime — quelle que fût la nature, criminelle ou correctionnelle, de l'acte. — La plainte de la victime n'était plus une condition préalable à l'action du ministère public. Mais le ministère public, seul, pouvait saisir le tribunal. Son intervention obligatoire était une garantie contre des abus possibles.

A l'égard des *délits* commis contre un étranger, la compétence des juridictions françaises était subordonnée à la réciprocité diplomatique. On prévenait ainsi une inégalité scandaleuse entre les Français et les ressortissants d'un État voisin qui, à défaut, dans la législation de cet État, d'une disposition semblable, jouiraient de l'impunité pour les méfaits qu'ils commettraient en France. De plus, on ouvrait la porte à des arrangements internationaux

(1) Bourguignon, *Jurisprudence des Codes criminels* (1825) t. 1, p. 70 et s.; Legraverend, *Traité de législation criminelle en France*, 3[e] éd., 1830, t. 1, p. 99 et s.; Carnot, *Commentaire sur le Code pénal*, 2[e] éd., 1836, t. 1, p. 122 et s.; Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. II, p. 566 et s. Cf. Dalloz, Rép. v° *Compétence criminelle*, n. 106 et s.

(2) *Moniteur* du 14 avril 1842.

qui auraient élargi, d'un commun accord, la compétence pénale. Mais le texte proposé avait l'inconvénient de créer une inégalité injustifiable entre les Français eux-mêmes, suivant qu'ils auraient ou non commis leurs délits dans un pays lié au nôtre par une convention diplomatique (1).

C'est sur le principe même de la réforme qu'à la Chambre des pairs, saisie du projet le 15 mars 1843, la discussion s'engagea (2). Portalis constate qu'elle se termina par le triomphe des partisans de la personnalité. « La thèse de la territorialité, dit-il, a succombé dans la lutte : on a décidé que la loi pénale française était, quant aux Français, un statut personnel. » Mais, quelques jours plus tard, pour une raison étrangère à l'objet de notre étude, le projet fut abandonné, et l'article 7 conserva sa rédaction ancienne.

Donc, en 1843, la nécessité d'une réforme ne résultait pas seulement des *faits*. Un revirement s'était produit dans les idées sur la valeur du principe territorial. Lorsque deux ans plus tard, après une intervention de M. Roger (du Loiret) qui reprit pour son compte le projet précédent, tel qu'il était sorti des délibérations des assemblées, après un rapport favorable de Chaix d'Est Ange à la Chambre des députés, une enquête fut ouverte auprès des Facultés de Droit (3) et des Cours royales, le revirement se manifesta avec plus de netteté.

La compétence des juridictions françaises doit-elle s'étendre aux simples délits commis à l'étranger par un Français contre un Français? Le ministère public peut-il agir d'office? La compétence des juridictions françaises s'étendra-t-elle aux crimes et délits commis à l'étranger par un Français contre des étrangers? Dans ce dernier cas, la poursuite sera-t-elle subordonnée à l'existence de conventions diplomatiques établissant la réciprocité? La poursuite sera-t-elle écartée, quand le crime ou délit aura fait l'objet d'un jugegement définitif à l'étranger? — Telles sont les questions qui firent l'objet de cette enquête.

(1) Cf. Derumaux, *Étude historique sur l'extraterritorialité*, Paris, 1915, p. 107 et suiv.

(2) Sur cette discussion, Cf. Bertauld, *Cours de Code pénal*, 3e édit., Paris, 1864, p. 126 et suiv.; Langlois, *Exposé des Motifs*, Dalloz, 1866, IV, 76; Macri, *Teorica del diritto internazionale*, Messina, 1883, p. 580, 581; Mendelssohn-Bartholdy, *op. cit.*, p. 209.

(3) Pour les observations de la Faculté de droit de Paris, rédigées par Ortolan, voir *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 28, p. 198 et suiv.

Dans le même sens, les observations de la Faculté de Caen, rédigées par Bertauld (1846), p. 5 et 6.

A ce moment, les questions, longtemps négligées, de la science pénale, occupaient les esprits les plus distingués. Un régime plus libéral permettait l'examen désintéressé d'un problème dont les préjugés politiques, régnant sous la Révolution et sous l'Empire, avaient jusque là obscurci les données : celui de la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger. Ce problème se présentait, dès lors, sous l'aspect qu'il a revêtu toutes les fois que l'étude scientifique en a été possible : dans ses rapports avec le *but de la répression*. Entre l'École utilitaire procédant de Bentham, de Beccaria et de Rousseau d'une part — l'École idéaliste, inspirée par Grotius, Leibniz et Kant de l'autre, venait de se constituer en France l'École éclectique : celle de Rossi, de Broglie, de Guizot, dite aussi l'*École de la justice morale tempérée par l'utilité sociale*. L'esprit de cette école est caractérisé par Ortolan qui fut, dans l'enquête visée, le rapporteur de la Faculté de Droit de Paris : « La théorie de la justice absolue, dit-il dans ses *Éléments de droit pénal* (1) établit que le coupable mérite le châtiment ; celle du droit de conservation, en venant s'y joindre, établit que la société a le droit d'infliger le châtiment. L'une contient l'idée du juste, l'autre celle de l'utile ; l'une répond à l'ordre purement spirituel, l'autre aux nécessités de l'ordre physique. La réunion de toutes les deux est indispensable pour fonder le droit social de punir. Déduit d'une nature complexe, ce droit ne peut avoir qu'une base complexe. » La répression des infractions commises par un Français à l'étranger est-elle *juste* ? Est-elle conforme à l'*intérêt* de la société particulière dont le délinquant fait partie, c'est-à-dire à l'intérêt de la société française? C'est à cette double condition que la compétence des juridictions françaises, que l'application de la loi française devait être admise. La grande majorité des Assemblées consultées se prononça, sur les deux points, pour l'affirmative. Deux juridictions, deux Facultés seulement se dérobèrent à la suggestion gouvernementale (2).

Sans doute, il y avait un vice dans le problème ainsi posé. Il négligeait la distinction fondamentale entre la compétence judiciaire et la compétence législative. Cette distinction supposait une connaissance des précédents historiques que les juristes de la

(1) Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 3e éd., t. I, Paris, 1863, n. 188, p. 80 et suiv. Voir aussi Bertauld, *Cours de Code pénal* (3e édit. Paris, 1864, p. 118 et suiv.), qui se prononce pour la personnalité des lois pénales.

(2) Voir l'*Exposé des Motifs* de 1866, *Dalloz*, 1866, IV, 76 et suiv.

Monarchie de Juillet n'avaient pas, une étude approfondie que les circonstances ne leur avaient pas permise [1]. Leur insuffisante documentation se manifesta, même dans l'avis de la Cour de cassation. La Cour suprême, répudiant sa jurisprudence antérieure, se prononça pour la personnalité du droit pénal : « Ce qui est vrai, dit-elle, c'est que le droit de punir au nom de la loi française ne peut s'exercer qu'en France; ce qui est erroné, c'est que l'acte punissable, commis sur le sol étranger, ne puisse, dans aucun cas, être régi par cette loi. Là est la distinction essentielle à établir, la règle nécessaire à appliquer, non à titre d'exception, mais avec toute l'autorité d'un principe : d'un principe proclamé à l'envi par nos vieux publicistes, consacré par l'article 11, C. brumaire an IV, sorti victorieux, en vertu de cette force qui est en lui, de la résistance que lui opposèrent, lors de la discussion dont il fut l'objet au Conseil d'État, les Bérenger et les Treilhard, et qui, chose remarquable, se retrouve, comme une vivante expression de la conscience universelle, dans la plupart des législations contemporaines. »

L'étude précédente a suffisamment montré que la doctrine de nos anciens auteurs ne comporte pas un exposé aussi sommaire. De la discussion ouverte en 1808 au Conseil d'État, c'est, en réalité, le système territorial qui était sorti victorieux. Parmi les législations étrangères, seules les législations de quelques cantons suisses, de quelques Républiques de l'Amérique du Sud avaient admis alors la personnalité; le système territorial dominait dans l'Europe centrale, en Angleterre, aux États-Unis. — En France même, ce n'est pas, comme on va le voir, par « la force victorieuse d'un principe » que l'extension de la compétence personnelle devait, quelques années plus tard, se réaliser.

En effet, lorsque après l'interruption des travaux parlementaires déterminée par la Révolution de février 1848 [2], le projet de

(1) Jusqu'en 1840 environ, nos tribunaux ont presque toujours confondu, même à l'égard des matières civiles, la compétence judiciaire et la compétence législative « le droit de juridiction étant, comme celui de législation, une émanation de la souveraineté, et l'un embrassant comme l'autre toute l'étendue du territoire. » — Voir en particulier, Colmar, 12 août 1817, S. 18. 2. 291 et Paris, 17 nov. 1834, S. 36. 2. 171. Cf. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois*, Paris, 1905, p. 133.

(2) Cependant un projet de réforme fut préparé en 1849. V. à ce sujet deux articles de M. Valette publiés dans « *Le Droit* » des 26 juin et 6 juillet 1850, et reproduits dans ses *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*.

réforme est repris au début du second Empire, une autre préoccupation paraît dominante. Le texte préparé par la commission réunie le 22 août 1849 sur l'initiative d'Odilon Barrot, ministre de la Justice, tel qu'il fut proposé au Corps législatif le 15 mai 1852, reproduit les dispositions essentielles du projet de 1842. Il supprime, à l'égard des délits, la condition relative à la réciprocité diplomatique. Il impose une condition supplémentaire, que l'on retrouvera plus tard, et dont on appréciera la portée, en exigeant que le fait, objet de la poursuite, soit incriminé par la *lex loci* :

Art. 5. — Tout Français qui, hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un crime où d'un délit puni par la loi française peut être poursuivi et jugé en France, mais seulement à la requête du ministère public.

Art. 6. — Aucune poursuite n'est exercée contre l'inculpé, s'il établit que le fait ne constitue ni crime ni délit dans le pays où il a lieu.

Mais la disposition la plus originale du projet est celle qui, étendant davantage encore la compétence pénale, consacre le système de la *protection des nationaux*.

Art. 7. — Tout étranger qui, hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un crime soit contre la chose publique, soit contre un Français, peut, s'il vient en France, y être arrêté et jugé conformément aux lois françaises. A l'égard des délits, la poursuite n'aura lieu que dans les cas et dans les conditions déterminées entre la France et les puissances étrangères par des conventions diplomatiques (1). *Toutes poursuites cessent contre l'étranger dont l'extradition aura été demandée et obtenue.*

L'idée, assurément, n'était pas nouvelle. Elle se trouvait dans le projet de réforme de la Faculté de Droit de Paris, rapporté par Ortolan. Elle se heurta aux critiques du Gouvernement anglais, qui reprocha à l'article 7 de constituer un empiétement au préjudice de souverainetés étrangères, puisque le législateur français

t. II, p. 295 et suiv. Ce projet admettait la compétence des tribunaux français à l'égard des crimes et de quelques délits commis en pays étranger par un Français — et de certains crimes d'une gravité particulière commis à l'étranger par un étranger *contre un Français*.

(1) Dans la discussion, M. O. Quin avait proposé d'ajouter : « S'il est établi que le fait est puni par la loi française d'une peine plus forte que par la loi d'origine de l'étranger ou par la loi du lieu où le fait a été accompli, le juge pourra abaisser la peine dans les limites fixées par l'article 463 du Code pénal ».

prétendait régler la conduite d'étrangers à l'étranger (1). Il suffisait de répondre que le souverain français était seul maître d'assigner des limites à la compétence de ses tribunaux. Le fait que les objections anglaises triomphèrent sans résistance témoigne de l'incertitude qui régnait encore en France sur les principes fondamentaux du droit pénal international. Le fait que l'avatar de l'article 7 détermina l'échec entier du projet qui, déjà voté par les deux Chambres, ne reçut jamais la sanction impériale, prouve que, dans la pensée du gouvernement, la disposition destinée à assurer *la protection d'intérêts français,* était la raison d'être principale de la réforme.

En 1853, il subsistait donc un désaccord fondamental entre les nécessités reconnues, les désirs exprimés par les représentants les plus autorisés de la jurisprudence et de la doctrine, d'une part — la législation, de l'autre. Après plusieurs essais, avortés, de réformes, le principe territorial, immuable, dominait la législation. A ce principe, la Cour de cassation allait attacher une conséquence nouvelle, en résolvant une difficulté qui se présentait, pour la première fois, depuis le Code. Il s'agissait de savoir si le jugement prononcé en pays étranger à raison d'un crime commis par un étranger *en France* mettait obstacle à l'exercice d'une poursuite, *pour le même fait*, devant les juridictions françaises. L'autorité négative de la chose jugée était reconnue formellement par l'article 7 du Code d'instruction criminelle. Mais ce texte visait les crimes commis par des Français à *l'étranger*. S'agissant d'un délit commis *en France*, l'exception de chose jugée se heurtait au principe de la souveraineté territoriale. Après deux arrêts contraires des Cours de Metz (2) et de Besançon (3), la Cour de cassation se prononça pour l'admission d'une nouvelle poursuite (4). Elle

(1) Derumaux, *Étude historique sur l'extraterritorialité*, p. 110 et suiv.

(2) Metz, 19 juillet 1859, S. 59. 2. 641. Il s'agissait d'une condamnation prononcée en Bavière pour un vol d'effets mobiliers commis à Puttlange (Moselle) par une domestique Bavaroise. « Si, en matière civile et commerciale, dit, dans ses conclusions, le procureur général, la législation française dénie aux jugements étrangers toute force exécutoire, tant que ces jugements n'ont pas été soumis à un tribunal français, à plus forte raison faut-il, en matière criminelle, refuser à ces décisions une autorité qui tendrait à déplacer l'administration de la justice, en laissant aux tribunaux étrangers le soin d'apprécier les crimes et délits commis en France ». Il fut suivi par la Cour.

(3) Besançon. 14 nov. 1861, D. P. 61. 2. 230.

(4) Crim. cass., 21 mars 1862, D. P. 62. 1. 146. Arrêt rendu sur rapport de Faustin-Hélie, et conformément aux conclusions de l'avocat général Savary :

invoqua les articles 2123 et 2128 du Code civil, 546 du Code de procédure qui, suivant l'interprétation généralement admise, subordonnaient la *force exécutoire* d'une décision étrangère à la révision de l'affaire par un tribunal français (1). Elle observa que la décision exceptionnelle de l'article 7 tendait uniquement à confirmer l'*autorité territoriale* d'un souverain étranger, dont la sentence était reconnue définitive. En faveur de la solution qui triompha, il avait été remarqué, en outre, que cette solution était la plus conforme à l'intérêt national français. Ainsi, le principe territorial recevait une application nouvelle, et sa prépondérance était affirmée.

Or, le 16 mars 1865, le Gouvernement soumit au Corps législatif le projet de loi qui, après la délibération des deux Chambres, devint la loi du 21 juin 1866. Cette loi est conçue dans les termes suivants :

Art. 1. — *Les articles 5, 6, 7 et 187 du Code d'instruction criminelle sont abrogés et remplacés ainsi qu'il suit :*

Art. 5. — Tout Français qui, hors du territoire de France, s'est rendu coupable d'un crime puni par la loi française peut être poursuivi et jugé en France.

Tout Français qui, hors du territoire de France, s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi française peut être poursuivi et jugé en France, si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis.

Toutefois, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu, si l'inculpé prouve qu'il a été jugé définitivement à l'étranger.

En cas de délit commis contre un particulier français ou étranger,

« Les jugements rendus en pays étranger ne peuvent ni être exécutés en France, ni y exercer aucune autorité, si ce n'est dans les cas et suivant les conditions prescrites par l'article 546 du Code de procédure civile et les articles 2123 et 2128 C. Nap. ». Dans le même sens, Bertauld, *op. cit.*, p. 124.

(1) D'après la jurisprudence civile, depuis le Code, les jugements étrangers avaient en France l'*autorité de chose jugée*, toutes les fois qu'ils n'avaient pas été rendus contre un Français (Req. 15 nov. 1827, D. P. 28. 1. 23 ; Req. 24 févr. 1846, D. P. 46. 1. 153). En matière pénale, il avait été jugé que le reproche de condamnation pour vol proposé contre un témoin, devait être accueilli, bien que la condamnation eût été prononcée en pays étranger (Colmar, 6 août 1814, S. 1812-1814. 2. 402 ; Cass. 23 juill. 1840, S. 1841. 2. 96). Seule, la *force exécutoire* des jugements civils était subordonnée à l'*exequatur* accordé après examen du fond par le tribunal français.

la poursuite ne peut être intentée qu'à la requête du ministère public; elle doit être précédée d'une plainte de la partie offensée ou d'une dénonciation officielle à l'autorité française du pays où le délit a été commis.

Aucune poursuite n'a lieu avant le retour de l'inculpé en France, si ce n'est pour les crimes énoncés en l'article 7 ci-après.

Art. 6. — La poursuite est intentée à la requête du ministère public du lieu où réside le prévenu ou du lieu où il peut être trouvé. Néanmoins la Cour de cassation peut, sur la demande du ministère public ou des parties, renvoyer la connaissance de l'affaire devant une Cour ou un tribunal plus voisin du lieu du crime ou du délit.

Art. 7. — Tout étranger qui, hors du territoire de la France, se sera rendu coupable, soit comme auteur, soit comme complice, d'un crime attentatoire à la sûreté de l'État, ou de contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies nationales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par la loi, pourra être poursuivi et jugé d'après les dispositions des lois françaises, s'il est arrêté en France, ou si le Gouvernement obtient son extradition.

Art. 187....

Art. 2. — *Tout Français qui s'est rendu coupable de délits et contraventions en matière forestière, rurale, de pêche, de douanes ou de contributions indirectes sur le territoire de l'un des États limitrophes, peut être poursuivi et jugé en France d'après la loi francaise, si cet État autorise la poursuite de ses regnicoles pour les mêmes faits commis en France. La réciprocité sera légalement constatée par des conventions internationales ou par un décret publié au* Bulletin des lois.

Au premier abord, ce texte présente une ressemblance singulière avec les projets de 1842 et surtout de 1852. L'objet essentiel de la réforme est toujours l'extension de la compétence pénale à toutes infractions, criminelles ou correctionnelles, commises par des nationaux à l'étranger. Comme dans ces projets, la compétence des tribunaux français est subordonnée à la condition qu'aucune décision antérieure, sur la même affaire, ne sera intervenue à l'étranger. Comme dans ces projets, elle est subordonnée à l'initiative volontaire du ministère public, à la plainte de la partie lésée — que peut remplacer désormais la dénonciation du Gouvernement étranger — à l'incrimination du fait par la *lex loci*.

Mais ces trois dernières conditions ne sont exigées que pour les *délits*. — La compétence des juridictions françaises est étendue, sous condition de réciprocité diplomatique, à des contraventions

d'une nature spéciale, commises sur le territoire des États limitrophes — dangereuses surtout par les facilités que le voisinage de la frontière offre aux malfaiteurs (1).

La tentative malheureuse de 1853 a fait renoncer à toute prévision spéciale des infractions commises à l'étranger *contre des Français*. La protection des intérêts français reste assurée par la compétence des juridictions françaises à l'égard des attentats qui menacent la sécurité et le crédit de l'État, compétence indépendante de la chose jugée à l'étranger, et qui peut s'exercer, quand le délinquant est un Français, par contumace. Il y a plus : malgré la ressemblance constatée des dispositions nouvelles avec celles du projet de 1842, l'esprit de la réforme est bien différent : ce qui la domine tout entière, c'est précisément, comme en 1852, *le désir d'assurer la défense des intérêts nationaux.*

Cette préoccupation, dominante sous le régime centralisé et autoritaire du Second Empire, est d'ailleurs commune aux adversaires du projet, et à ses partisans. A la Chambre des Députés, l'opposition, dirigée par Jules Favre et Picard, essaya de discréditer la loi en la présentant comme une loi de circonstance dont le but était d'atteindre les pamphlets publiés à l'étranger par des Français contre Napoléon III (2). Le seul qui fit, du projet, une étude approfondie et sérieuse, fut Emile Ollivier (3). Or, ce qu'Ollivier conteste, ce n'est nullement que les innovations proposées répondent aux exigences de la justice : c'est qu'elles soient indispensables à la préservation de la société française.

La préoccupation de défendre des intérêts nationaux paraît à chaque instant dans l'argumentation des promoteurs de la réforme. Elle remplit l'Exposé des Motifs : « Ce qui légitime le droit de punir, disent ses auteurs (4), ce n'est pas seulement cette utilité

(1) Dans son rapport au Sénat, M. Bonjean dit que ces délits et contraventions « n'ont pas, en général, la gravité des crimes et des délits ordinaires, mais ils entretiennent dans les populations des frontières des habitudes de rapine et de fraude ; ils fomentent les passions et les haines nationales et deviennent souvent l'occasion de violences graves ; il serait donc utile aux deux États, non moins que favorable à la moralisation des peuples, qu'on pût diminuer le nombre de ces infractions en assurant leur punition ».

(2) *Moniteur universel*, 31 mai 1866, p. 2, col. 3-5, et 1er juin 1866, p. 3.

(3) « C'est, dit Emile Ollivier (*loc. cit.*), une question de science pure, grave, difficile, sur laquelle les meilleurs esprits peuvent être en dissentiment, sans qu'il y ait lieu respectivement de suspecter les intentions de ceux qui se prononcent en des sens opposés ».

(4) *Exposé des Motifs*, Dalloz, 1866, IV, 76.

générale qui s'attache à la répression du mal; les tribunaux d'un pays n'exercent pas une juridiction vengeresse de la morale universelle ; leur action est sollicitée par un intérêt plus prochain et plus spécial : c'est celui de l'ordre, de la paix de ce pays lui-même... On a considéré que des crimes, que des délits contre les personnes ou contre les propriétés nuisent *à la bonne renommée, à la dignité, aux intérêts matériels de la France* dans le monde partout ouvert à son commerce et à son industrie ». — Dans la discussion qui s'ouvrit à la Chambre des Députés, le même argument est reproduit (1). L'observation que depuis quelques années un grand nombre de lois étrangères (Prusse, 1851, Italie, 1859, Bavière, 1861, Autriche, 1862) avaient fait une place à la personnalité des lois pénales, contribua également au succès de la réforme, que la Chambre approuva par une majorité de 174 voix.

Le sens utilitaire de la loi se manifeste enfin par les solutions que le texte a formulées, ou qui résultent des travaux préparatoires. En matière correctionnelle, l'exercice de l'action est soumis à l'initiative *du ministère public*, qui s'abstiendra quand l'intérêt national n'exigera pas la répression. *Seule, la loi française est appliquée par les juridictions françaises.* Sans doute, pour les délits, la poursuite est subordonnée à l'incrimination du fait par la *lex loci*, qui est une loi étrangère (2). Mais, d'une part, la condition est spéciale aux *délits*, et pour la qualification du fait — crime ou délit — il résulte du texte que la loi française doit seule être con-

(1) Au Sénat, le rapporteur, Bonjean, se prévalut encore de l'intérêt national. « On prétend, dit-il en substance, que la France n'aurait pas intérêt à punir les actes commis hors de son territoire. Comment peut-on nier cet intérêt? Chaque crime qu'un Français commet à l'étranger n'a-t-il pas pour conséquence une diminution de notre prestige national? Un tel crime n'entraine-t-il pas de représailles contre les Français honorables qui vivent dans le même pays? Contre un empiètement de la juridiction française à l'égard des délits commis à l'étranger, la loi renferme trois sortes de garanties : elle exige que le fait soit prévu et puni par la *lex loci*; elle exige une plainte de la victime ou une dénonciation du gouvernement étranger; elle reconnait au ministère public la faculté de prendre, ou non, l'initiative de la poursuite, sans être lié par le principe de légalité ».

(2) Au cours des travaux préparatoires (séance du 31 mai 1866) on proposa de prévoir le cas où la *lex loci* étrangère serait moins sévère que la loi française : « Le juge français, dit Lenormant, n'appliquera que la loi de son pays. Si dans certains cas elle est plus sévère, dans d'autres elle le sera moins; dans tous les cas, comment le prévenu s'en plaindrait-il, puisque c'est la loi de son pays? »

sultée (1). D'autre part, il a été spécifié dans les travaux préparatoires que cette condition ne constitue nullement un hommage au souverain étranger, ni une application indirecte de sa loi. Aussi n'y a-t-il lieu de consulter ni la qualification de la loi étrangère, ni la peine plus ou moins sévère qu'elle établit (2).

S'inspirant de la règle « Non bis in idem », le législateur exclut toute poursuite nouvelle, quand, pour une infraction de droit commun, commise à l'étranger, un jugement étranger est précédemment intervenu (3). Mais, confirmant la jurisprudence antérieure (4), il admet cette poursuite quand le délit qui a fait l'objet de ce jugement a eu lieu en France, ou lorsque, ayant pour auteur un étranger, il constitue un attentat à la sûreté ou au crédit de l'État français : c'est-à-dire, en définitive, toutes les fois qu'un *intérêt français* est directement en jeu.

Hors les attentats à la sûreté et au crédit de l'État français, toutes infractions perpétrées par des étrangers à l'étranger échappent à la compétence des juridictions françaises.

On ne peut nier que, sous le Second Empire, une extension considérable de la compétence criminelle a été réalisée. Les traités d'extradition, qui se sont multipliés depuis les dernières années de la Monarchie de juillet (5), contribuaient, en même temps, à l'effi-

(1) La rédaction proposée d'abord au Conseil d'État était différente. Le texte énonçait simplement que tout Français qui, hors du territoire de France, s'est rendu coupable d'un « délit », peut être poursuivi et jugé en France, si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis.

(2) Il n'est pas moins vrai que certains *delits* (stricto sensu) qui blessent les intérêts de l'État, resteront impunis parce qu'ils ne sont pas prévus par la loi étrangère; l'objection fut formulée. On cita : l'excitation à la haine du gouvernement français. Néanmoins, M. de Parieu, vice-président du conseil d'État, dit : « Il faut que le fait, pour être poursuivi en France, soit *de nature à avoir pu être puni par la juridiction étrangère* » (Dalloz, 1866, IV, 81).

(3) Les auteurs du projet gouvernemental avaient pris soin d'excepter le cas où le délinquant se serait soustrait à l'exécution de la condamnation étrangère : Art. 5, § 3 : « ... Toutefois, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé prouve qu'il a été jugé définitivement à l'étranger et, en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine » (Dalloz, 1866, IV, 78). Par une idée de respect, appliquée sans discernement, envers la *res judicata* étrangère (cf. Bertauld, *Cours de Code pénal*, Paris, 1864, p. 124), cette exception a été écartée du texte définitif. Elle devait reparaître plus tard dans notre législation.

(4) *Suprà*, p. 426.

(5) Le texte de ces traités est reproduit par Saint-Aubin. *L'Extradition et le droit extraditionnel*, Paris, 1913, t. II, p. 991 et suiv.

cacité de la répression internationale. Mais le succès d'une réforme qu'ont déterminée surtout des nécessités pratiques impérieuses et le sentiment très vif de l'intérêt national laissait assurément le champ libre à de nouveaux progrès du droit pénal international.

SECTION III

L'état actuel du droit positif français.

SOMMAIRE. — Caractères essentiels de l'évolution jurisprudentielle et législative. — 1° *De la compétence judiciaire.* a) Infractions commises par des étrangers en France; — b) Infractions commises par des Français à l'étranger. — A l'égard des délits, la compétence des juridictions françaises est subordonnée au retour volontaire de l'inculpé, à la plainte de la victime ou à la denonciation du Gouvernement étranger; à l'initiative du ministère public; — c) Infractions commises par des étrangers à l'étranger : compétence exceptionnelle des tribunaux français; loi du 28 février 1910. — 2° *De la compétence législative. a)* Application de la loi francaise aux infractions commises par des étrangers en France. Examen critique de la jurisprudence — b) Application de la loi française aux infractions commises par des Français à l'étranger. — Dans quelle mesure est-il tenu compte des dispositions de la *lex loci* étrangère? — Caractère personnel de certaines lois pénales. — c) Application de la loi francaise à des infractions commises par des étrangers à l'étranger. — 3° *De l'efficacité des sentences pénales étrangères.* Exécution forcée. — Autorité négative de la chose jugée : loi du 3 avril 1903 qui l'attache à des jugements intervenus à l'étranger au sujet de délits commis en France. — Incapacités pénales. Comment la jurisprudence française a fait revivre les solutions fondamentales de la Doctrine italienne des statuts.

Tandis que, dans la plupart des pays d'Europe, la préparation de Codes nouveaux a permis de renouveler la législation, quant aux problèmes de compétence criminelle, le droit français, sur cette matière, est toujours régi par la loi du 27 juin 1866. La précision avec laquelle les limites de cette compétence ont été tracées laissait peu de place à l'appréciation des tribunaux. Dans les cadres étroits que le législateur lui a imposés, la jurisprudence française marque, toutefois, une tendance. Les solutions admises sur des points controversés — solutions qui ne sont toujours, elles-mêmes, ni très assurées, ni très cohérentes — laissent prévoir une orientation nouvelle. Le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour combler des lacunes ou corriger certains inconvénients du droit antérieur. Il a fait pénétrer dans le droit positif français les résultats acquis par des Conférences internationales de diplomates et de juristes.

Pour reproduire, aussi exactement que possible, l'état actuel du droit français, d'après la loi, les traités, la jurisprudence, on envisagera successivement les problèmes de compétence judiciaire, de compétence législative, et l'efficacité des jugements répressifs.

§ 1. — De la compétence judiciaire.

I. — *Infractions commises par des étrangers en France.* — En droit interne, la compétence criminelle est régie par l'article 23 du Code d'instruction criminelle [1]. Il résulte indirectement de ce texte que la compétence du juge d'instruction, celle du tribunal correctionnel, celle de la cour d'assises sont déterminées par le *lieu du délit, de la résidence ou de l'arrestation*. La prévention règle la préférence entre les trois juges, dont la compétence est égale [2].

Pour les contraventions de simple police, il existe un droit spécial. L'article 138 du Code d'instruction criminelle donne [3] compétence exclusive à tout juge de paix pour les contraventions commises dans son ressort.

Il n'est pas douteux que les solutions précédentes s'appliquent aux infractions commises en France par les étrangers [4].

Notre législation criminelle autorise l'action des étrangers comme des Français en réparation du dommage causé par un crime, un délit, ou une contravention [5]. Le droit de citation directe leur appartient.

II. — *Infractions commises par des Français à l'étranger.* — L'article 5 du Code d'instruction criminelle étend aujourd'hui la

(1) Article 23 du Code d'instruction criminelle : *Sont égalements compétents pour remplir les fonctions déléguées par l'article précédent, le procureur du Roi du lieu du crime ou délit, celui de la résidence du prévenu, et celui du lieu où le prévenu pourra être trouvé.*

(2) Cass. crim., 25 janvier 1849, D. P. 49. 5. 58; 17 novembre 1866, D. P. 68. 1. 142.

(3) Article 138 du Code d'instruction criminelle : *La connaissance des contraventions de police est attribuée exclusivement au juge de paix du canton dans l'étendue duquel elles ont été commises.*

(4) Weiss, *Traité de droit international privé*, 2e éd., t. V (1913), p. 46; Dalloz, *Rép.*, v° *Compétence criminelle*, n. 107; *Supplément*, *cod. verb.*, n° 63.

(5) Cass. crim., 12 févr. 1885, *J. dr. int. pr.*, 88, p. 507 : S. 87. 1. 446 et la note.

compétence des juridictions françaises aux infractions commises à l'étranger par des Français, quelles que soient la gravité du fait et la nationalité de la victime.

Il faut mettre à part *les contraventions de simple police*, à l'égard desquelles cette compétence revêt un caractère exceptionnel. Elle concerne seulement les contraventions d'une nature spéciale énumérées par l'article 3 de la loi du 27 juin 1866, qui ont eu lieu sur le territoire d'un État limitrophe. S'inspirant des motifs de la loi, la doctrine et la jurisprudence subordonnent la répression à deux conditions supplémentaires : elles exigent que le délit ait eu lieu dans une région frontière (1), que le délinquant ait été arrêté sur le territoire français (2). La compétence des juridictions françaises dépend enfin d'un accord intervenu entre les États voisins, également intéressés. Elle est subordonnée à la réciprocité légalement constatée par des conventions internationales, ou par un décret publié au *Bulletin des lois*. Des conventions de cette nature ont été conclues avec la Bavière (3), la Belgique (4), l'Espagne (5) et la Suisse (6).

La compétence des juridictions françaises s'étend aux *délits*

(1) Garraud, *Traité de droit pénal*, 3e éd., 1913, t. I, n° 191, p. 404.

(2) Le Poittevin, *Code d'instr. crim. annoté*, art. 7, n° 124.

(3) La Bavière, jusqu'en 1871, fut État limitrophe de la France. Traité du 22 février 1869 pour la répression des délits et contraventions en matière forestière, rurale, de pêche et de chasse. Dalloz, 1869. 4. 46.

(4) Décret du 2 novembre 1877 qui, se fondant sur la réciprocité résultant de la loi belge, porte dans son article 1 que *tout Français qui se sera rendu coupable, en Belgique, de délits et de contraventions en matière forestière, rurale et de pêche, pourra, à son retour en France, y être poursuivi et y sera jugé d'après la loi française, s'il y a plainte de la partie lésée ou avis officiel donné aux autorités françaises par les autorités belges.* La convention du 6 avril 1885, ratifiée par la loi du 21 avril 1886 et promulguée par le décret du 13 avril 1886, assure la réciprocité pour les délits de chasse (Garraud, *loc. cit.*).

(5) Convention du 18 février 1885, relative à la pêche dans la Bidassoa (Leloir, *Code d'instr. crim.*, Paris, 1898, art. 5, n° 110). Entente du 10 mai 1890, promulguée par le décret français du 31 déc. 1890, sur la contrebande.

(6) Convention du 23 février 1882, ratifiée par la loi du 11 mai 1882, et promulguée par décret du 13 mai 1882, sur les rapports de voisinage et la protection des forêts limitrophes. Convention du 31 octobre 1884 ratifiée par la loi du 6 août 1885, et promulguée par décret du 7 août 1885, sur la répression des délits de chasse. Convention du 9 mars 1904, approuvée par la loi du 31 janvier 1905 et promulguée par décret du 4 février 1905, pour réglementer la pêche dans les eaux frontières des deux pays.

(*stricto sensu*) commis par des Français à l'étranger. Elle est alors subordonnée à trois conditions : le retour de l'inculpé en France; la plainte de la partie offensée ou la dénonciation officielle par l'autorité du pays où le délit a été commis; la requête du ministère public (1). Il conviendra d'insister plus loin sur deux conditions supplémentaires qui demandent un examen séparé : l'incrimination du fait par la *lex loci*, et l'absence de tout jugement étranger déjà prononcé dans la même affaire.

Le retour de l'inculpé sur le territoire de France peut être présenté comme un acte de soumission volontaire aux autorités de son pays. Plus probablement, le législateur a considéré que, par son retour, le délinquant attire l'attention publique sur un fait qui. par suite de l'éloignement, aurait pu être négligé. De cette condition il résulte qu'aucune poursuite ne peut être intentée par défaut, et que l'extradition du délinquant ne sera pas demandée.

La jurisprudence exige, en effet, comme précédemment, que le retour de l'inculpé soit un retour volontaire (2).

Elle exige, en second lieu, que la condition énoncée soit réalisée en la personne de l'auteur principal. Si le délit a été commis en participation, et si l'auteur principal n'est pas rentré en France, le complice, même présent, ne peut être poursuivi (3). Inversement, il faut admettre que si l'auteur principal est présent, le complice demeuré à l'étranger peut être jugé par défaut.

(1) V. le texte ci-dessus, p. 427.

(2) Cass., 5 février 1857, D. P. 57. 1. 132; Cass. 8 nov. 1860, D. P. 61. 1. 46; Aix, 28 avr. 1868, S. 68. 2. 302; Paris, 17 juin 1870, D. P. 70. 2. 177; Trib. Seine, 30 avril 1910, *Rev. du dr. int. pr.*, 1910, p. 829; Cass. crim., 17 juin 1910, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 834; Paris, 17 janvier 1911 et concl. de l'av. gén. Blondel, *Rev. dr. int. pr.*, 1911, p. 533. Cf. p. 409, n. 1; p. 417, n. 1.

(3) Trib. corr. Seine. 30 avril 1910, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 829; Cass. crim., 17 juin 1910, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 834 et conclusions de Blondel; Paris, 17 janv. 1911, *Rev. dr. int. pr.*, 1911, p. 333 et note de Boeck. La solution, bien que constante en jurisprudence, paraît contestable. Les auteurs reconnaissent qu'elle est regrettable, parce qu'elle assure au complice une immunité injustifiée (note de Boeck). Elle s'imposerait, si le retour de l'agent principal était présenté par la loi comme un élément de l'infraction. Or il n'en est rien. Ce retour est une circonstance de fait, postérieure au délit, qui ne *crée* pas la compétence de la juridiction française, mais lui permettra seulement de devenir effective. Aussi l'article 5 du Code d'instruction criminelle ne vise-t-il pas le retour du « coupable »; ou du « complice » mais, ce qui est différent, le retour de « l'inculpé ». La solution consacrée par nos tribunaux est en contradiction avec celle qu'ils ont adoptée, comme on va le voir, au sujet du point de départ de la prescription. Rapprochez aussi ce qui a été jugé à l'égard de la *plainte*, ci-dessus, p. 419, note 3.

Les tribunaux décident encore que si l'inculpé est rentré en France, il ne peut, par son départ ultérieur, se soustraire à la compétence des juridictions françaises qu'il a provoquée. Il peut être alors jugé par défaut. En effet, le simple fait, par lui, de pénétrer sur le territoire a déterminé le trouble qui nécessite la répression (1).

La plainte de la personne offensée par le délit prouve qu'un intérêt particulier a été lésé. Elle établit, en outre, que l'infraction présente une certaine gravité (2). Prévoyant le cas où, par suite d'une circonstance quelconque, la partie lésée serait dans l'impossibilité d'agir, déjouant aussi les transactions qui, au mépris de l'intérêt général, pourraient intervenir entre l'agent et la victime, le législateur admet que *la dénonciation du fait à l'autorité française par l'autorité du pays où le délit a été commis* remplacera, le cas échéant, la plainte du particulier lésé.

La jurisprudence se montre d'ailleurs très libérale dans l'admission des plaintes. Elle décide que l'action en réparation du dommage causé peut être intentée par tous ceux qui ont souffert de ce dommage (3), que le droit de porter plainte n'est pas réservé à la victime et à ses héritiers, mais doit être reconnu à tous ceux que peut animer un sentiment d'affection (4).

La jurisprudence décide aussi que l'effet de la plainte, une fois déposée, est définitif. Son retrait ne paralyse pas l'action du ministère public (5). Le législateur, en imposant la condition dont il s'agit, n'a pas voulu présenter l'infraction comme une sorte de

(1) Paris, 17 juin 1870, D. P. 70. 2. 177 ; Faustin Hélie, *Traité d'instr. crim.*, 2e éd., t. II, n° 679. *Contrà* : Dutruc, *Journ. du min. public*, 1870, article 1376.

(2) Jules Favre, au cours des travaux préparatoires de la loi du 27 juin 1866, faisait valoir une autre raison. « Il ne faut pas, disait-il, qu'un Français, victime d'accusations vagues, anonymes, puisse être mis en accusation et jugé sans savoir d'où vient le coup qui le frappe, et par suite quels moyens de défense il peut opposer à la calomnie ; il est nécessaire qu'il sache quel est le dénonciateur qu'il a devant lui, pour dévoiler ses manœuvres, et au besoin l'attaquer à son tour » (*Moniteur* du 31 mai 1866).

(3) Cass., 1er mars 1838, Bull. Cour de cass., n° 52, p. 76.

(4) Cass., 17 août 1832, Bull. Cour de cass., n. 311, S. 32. 1. 486.

(5) Cass., 2 octobre 1852, D. 52. 1. 312, S. 52. 1. 684. « S'il en était autrement, la loi aurait en quelque sorte substitué le plaignant aux magistrats chargés de l'action publique, et l'aurait, en fait, rendu maître de cette action, puisqu'il pourrait, à son gré, et à toutes les phases de la procédure, arrêter la poursuite par un désistement, ou la faire revivre par une plainte nouvelle » Cf. *suprà*, p. 419, note 3.

délit privé, auquel seraient applicables les solutions prévues, pour le rapt et l'adultère, par les articles 357 et 337 du Code pénal. On a dit que l'exigence d'une plainte a surtout pour but d'établir la gravité suffisante du délit.

Mais la plainte est inefficace si, lorsqu'elle intervient, le bénéfice de la prescription est acquis à l'inculpé. La prescription de l'action publique a donc pour point de départ le jour même du délit; elle n'est pas suspendue par la nécessité d'une plainte. Cette solution, confirmée par de récents arrêts (1), est contraire à la jurisprudence, constante en droit interne, d'après laquelle tout obstacle de fait ou de droit à l'exercice de l'action publique retarde le cours de la prescription (2). Peut-être prépare-t-elle un revirement de cette jurisprudence. Elle se justifie par l'idée que la prescription pénale n'est pas, comme la prescription civile, la sanction d'une certaine négligence imputable au demandeur, mais a pour but d'écarter une procédure devenue inutile quand, déjà, le souvenir de l'infraction s'est éteint (3).

L'intervention du ministère public s'ajoute aux conditions précédentes comme une garantie supplémentaire de l'importance sociale du délit. Il suit de là que le Procureur de la République jouit d'un pouvoir d'appréciation (4); que la personne lésée peut se constituer partie civile en joignant son action à celle que le Procureur a intentée, mais ne peut exercer le droit de citation directe que le droit commun lui confère devant le tribunal correctionnel (5).

(1) Cass. 22 juillet 1910. *Rev. dr. int. pr.* 1911, p. 336. S'agissant d'un délit de chasse commis par un Français à l'étranger, la Cour a jugé que la prescription commence à courir dès la commission du délit, avant toute plainte ou dénonciation officielle. Dans les travaux préparatoires de la loi de 1866, M. Lenormant, commissaire du gouvernement, avait dit en termes exprès que « la prescription a pour point de départ le moment où le fait a été commis ». Cette solution est conforme à l'idée que l'infraction est définitivement constituée et que l'action prend naissance avant la réalisation des circonstances de fait dont l'article 5 du Code d'instruction criminelle fait dépendre son exercice.

(2) Obstacle de fait : Cass., 9 décembre 1871, D. P. 71. 1. 353. Obstacles de droit : Cass. 8 novembre 1889, S. 91. 1. 90; Cass. 14 avril 1893, S. 93. 1. 448; Cass. 29 mars 1897, S. 1901. 1. 452.

(3) Roux, *Cours de droit pénal et de procédure pénale*, Paris 1920, no 460, p. 578.

(4) Garraud, *Précis de dr. crim.*, 10e éd., 1909, no 296, p. 518; Vidal, *Cours de dr. crim.*, 4e éd. 1910, no 626, p. 790,

(5) Cass. 2 octobre 1852, S. 52. 1. 684; Cass. 15 juin 1893, D. P. 95. 1. 496. La citation directe donnée à la requête de la partie civile est frappée de nullité absolue.

La compétence des juridictions françaises s'étend enfin, très largement, aux *crimes* qui seraient commis par des Français à l'étranger. A raison de la gravité incontestable des faits, les conditions requises en matière correctionnelle sont écartées.

Il n'est question ni d'une plainte nécessaire de la victime, ni d'une dénonciation de l'autorité étrangère.

Aucune requête du ministère public n'est exigée. Si le Procureur n'agit pas, la victime peut saisir elle-même le juge d'instruction.

Quant à la présence de l'inculpé, une distinction résulte du rapprochement des articles 5 et 7 du Code d'instruction criminelle. — Si le fait est un crime de droit commun, la poursuite est subordonnée, comme en matière correctionnelle, à la *présence volontaire du coupable*. Si le fait est un attentat à la sûreté de l'État français, l'extradition du criminel pourra être demandée. A défaut d'extradition, il sera jugé par contumace. Un intérêt national français étant en jeu, le législateur français ne fait aucun crédit. pour assurer la répression, à la justice étrangère.

A l'égard des infractions de toute nature commises par des Français à l'étranger, la compétence spéciale appartient au tribunal de la résidence et à celui du lieu d'arrestation (Arg. art. 24 C. inst. crim.). L'article 6 admet en outre, pour faciliter la preuve, que la Cour de Cassation peut, sur la demande du ministère public ou des parties, renvoyer la connaissance de l'affaire devant une Cour ou un tribunal plus voisin du lieu du crime ou du délit (1).

III. — *Infractions commises par des étrangers à l'étranger.* — Le silence du législateur français ne comporte ici qu'une interprétation, conforme à la tradition suivie depuis la Révolution française. Les tribunaux français sont incompétents. Leur incompétence est d'ordre public (2).

(1) Crim. cass. 13 mars 1913, *J. dr. int. pr.*, 1913, p. 926.

(2) Il suit de là : 1° que le ministère public a la charge de recueillir les renseignements propres à éclairer les magistrats sur la nationalité de l'inculpé (Cass. 22 mars 1873, *Bull. C. de Cass.*, n° 78); 2° que le défendeur ne peut être privé du droit d'exciper de son extranéité ni par son silence pendant l'instruction, ni par le défaut de pourvoi contre l'arrêt de la Chambre des mises en accusation (Cass. 10 janv. 1873, D. P. 73. 1. 44), bien qu'en principe l'inculpé ne puisse proposer utilement devant la Cour d'assises un déclinatoire de compé-

Une première exception, dont l'importance est capitale, vise les *attentats à la sûreté et au crédit de l'État* (art. 7 C. instr. crim.). La répression intervient, de la part de l'État, comme un acte de légitime défense; elle n'est subordonnée à aucune condition spéciale; seulement, quand l'auteur du crime est étranger, le jugement ne peut être prononcé par contumace. Cette particularité qu'explique seule, comme on l'a remarqué, une inadvertance législative (1), a subsisté depuis le Code d'instruction criminelle.

Une seconde exception, d'une portée plus restreinte, résulte d'une loi récente du 28 février 1910, qui ajoute un paragraphe supplémentaire à l'article 5 du Code d'instruction criminelle.

Tout Français qui, hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un crime puni par la loi française peut être poursuivi et jugé en France... Il en sera de même si l'inculpé n'a acquis la nationalité française qu'après l'accomplissement du crime ou délit.

Le but du législateur est d'éviter l'impunité fâcheuse du coupable qui, s'étant fait naturaliser Français postérieurement au délit, se prévaudrait de sa qualité ancienne pour échapper à la compétence des juridictions françaises, et alléguerait sa nationalité actuelle pour se soustraire à l'extradition (2). Si l'on écarte l'idée,

tence. « Si la loi française, dit dans son rapport le conseiller Réquier, permet de poursuivre les Français pour crimes ou délits commis à l'étranger, c'est parce que le droit criminel tient en même temps au statut personnel, et au statut territorial... Mais la loi elle-même ne peut donner aux tribunaux français le pouvoir de juger les étrangers pour crimes ou délits commis hors du territoire français. Cette juridiction exorbitante, qui ne serait fondée ni sur le statut personnel, ni sur le statut territorial, constituerait une violation du droit international, une atteinte à la souveraineté des État voisins ». La Cour prononce que « le droit de punir émane du droit de souveraineté, qui ne s'étend pas au delà des limites du territoire ».., que l'incompétence des tribunaux français à l'égard des étrangers pour délits commis à l'étranger est « absolue, permanente ».

(1) V. ci-dessus, p. 412. — V. Garraud, *Traité de droit pénal*, 3e éd., 1913, t. III, p. 396.

(2) Ce but aurait pu être atteint par un procédé différent : on pouvait décider que la nationalité, au point de vue de l'extradition, s'apprécierait, non plus au jour de la demande du Gouvernement étranger, mais au jour de la commission du délit pour lequel elle serait requise. Ainsi l'auteur du crime serait extradé, en dépit de sa qualité de Français, frauduleusement acquise depuis l'infraction. Cette clause se trouve notamment dans le traité franco-anglais du 17 octobre 1908 dont l'article 2 est ainsi conçu : *S'il s'agit d'une personne qui, depuis le crime ou le délit dont elle est accusée ou pour lequel elle a été condamnée, aurait obtenu la naturalisation dans le pays requis, cette circonstance n'empêchera par la recherche, l'arrestation et l'extradition*

difficilement acceptable, d'une naturalisation rétroactive, on est bien en présence d'une extension exceptionnelle de la juridiction française au délit commis par un étranger à l'étranger.

Il faut mentionner enfin, pour caractériser l'extension progressive de la compétence pénale, l'évolution de la jurisprudence quant à la détermination du *lieu du délit*. Saisis d'infractions, telles que l'escroquerie, dont les éléments se trouvent dispersés sur différents territoires, nos tribunaux se refusent de moins en moins fréquemment à les juger (1). — Obéissant à la même tendance, les conférences internationales de 1902 *sur la traite des blanches* et de 1910 *sur les publications obscènes* ont admis la compétence concurrente de tous les Etats sur le territoire desquels l'un quelconque des faits constitutifs de ces délits a eu lieu : et leurs décisions ont pénétré dans la législation française (2). — La loi récente de 1915 qui a fait du recel un délit distinct, a soumis ce délit à la juridiction française, même si le fait principal auquel il se rattache a été commis à l'étranger (3).

de cette personne, conformément aux stipulations du présent traité. Mais il a répugné au législateur de 1910 de remettre aux autorités étrangères le sort d'un homme qui s'est, par un acte volontaire, placé sous la protection du Gouvernement français.

(1) L'escroquerie est réputée commise sur le territoire, et rentre dans la compétence des tribunaux français lorsque la remise des fonds a eu lieu en France (Cass. crim. 6 janv. 1872. D. P. 72. 1. 142) ou simplement lorsqu'une manœuvre destinée à l'obtenir s'est produite en France (Cass. crim., 11 août 1882, D. P. 83. 1. 96; Cass. crim., 18 déc. 1908, *Jour. dr. int. pr.* 1909, p. 1061; Cass. crim. 31 août 1911, *Rev. dr. int. pr.* 1912, p. 360). Le délit de désertion est réputé commis en France (art. 235 et 236 C. just. militaire) lorsque l'abandon de corps qui en est l'acte initial a eu lieu sur le territoire français (Cass. crim., 17 juin 1910, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 834) : « Quant aux actes d'exécution, s'ils sont multiples, dit, dans ses conclusions, l'avocat général Blondel, il suffit que l'un d'entre eux ait eu lieu chez nous pour que le delit puisse être qualifié de délit commis en France ». Le tribunal de la Seine a jugé que le délit de diffamation est réputé commis en France, même si les parties sont toutes deux domiciliées à l'étranger, alors que les imputations diffamatoires résultent d'une lettre adressée de Paris à l'étranger (Seine 28 janv. 1911, *Rev. dr. int. priv.* 1911, p. 78).

(2) La loi du 3 avril 1903 a consacré les décisions de la conférence internationale de 1902 (V. les art. 334 et 335 nouveaux du Code pénal). La loi autorisant la ratification de la convention de 1910 et du protocole de clôture signés à Paris le 4 mai 1910 (*Revue pénitentiaire* 1910, p. 808 et 1911, p. 440) a été promulguée au *Journal officiel* le 7 avril 1912. Cf. P. Matter. *Le trafic de la débauche et les délits internationaux* (Paris, Schaffhauser, 1903), p. 50 à 52. Garraud, *Traité de droit pénal* 3e éd., 1913, t. I, n° 183, p. 392; Travers, *Le droit pénal international*, t. I, n° 31, p. 35; n° 470, p. 578.

(3) D'après la jurisprudence antérieure, le recélé, même commis en France,

§ 2. — De la compétence législative.

1. — *Infractions commises par des étrangers en France.* Ces dernières années, la proportion inquiétante de la criminalité des étrangers a préoccupé l'opinion. D'après les statistiques publiées en 1910, le nombre des étrangers traduits devant les Assises, en 1900, atteignait le chiffre de 32,3, pour un million (chiffre quadruple de celui, qu'on obtenait pour les Français : 8 pour un million). La proportion des étrangers traduits en police correctionnelle s'élevait la même année au chiffre de 160 sur 10.000 habitants de nationalité étrangère (au lieu de 46 sur 10.000 habitants français [1]. — On s'explique aisément que la moralité moyenne de ceux qui ont quitté leur pays d'origine, le centre de leurs intérêts et de leurs affections, pour se fixer au dehors, soit inférieure à la moralité des sédentaires. Cette situation justifie la faculté d'expulsion que, pour des raisons d'ordre public, la loi de 1849 a donnée au préfet de police et aux préfets des départements frontières. Elle justifie les formalités administratives (déclaration obligatoire, etc.) imposées aux étrangers [2], sous la menace de sanctions pénales, par le décret du 2 octobre 1888 et la loi du 8 août 1893 [3]. L'afflux d'étrangers que déterminent, en France, les circonstances économiques et politiques créées par la guerre nécessite un renforcement de cette surveillance [4].

L'existence d'un régime spécial ne soustrait pas les étrangers à

d'objets provenant d'un vol commis à l'étranger, ne pouvait être l'objet de poursuites criminelles devant les juridictions françaises (Cass. 29 avr. 1888, S. 88. 1. 345). Cf. p. 420, n° 2. Sans doute, il était jugé que l'usage de faux rentre dans la compétence des tribunaux français, alors même que le faux a été commis hors de France (Cass. 24 févr. 1883, S. 85. 1. 95). Mais c'est que le Code pénal français, à la différence de certaines législations étrangères, fait de l'usage du faux un crime distinct.

(1) Rapport du Garde des Sceaux Barthou sur la justice criminelle. *J. off.* Annexe, 12 octobre 1909, p. 1258; *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 276.

(2) Moye. *Précis élémentaire de droit public français*, 2e édit. 1920, p. 80.

(3) Circulaire du 21 avril 1909 du Garde des Sceaux destinée à assurer l'application du décret du 2 octobre 1888 et de la loi du 8 août 1893, *Rev. dr. int. pr.*, 1909, p. 757. V. aussi les aggravations de peines, spéciales aux étrangers, qui résultent des art. 35 et 272 Code pénal. La loi de 1849 a rendu inutile la dernière de ces dispositions.

(4) Valéry, *Des influences probables de la guerre mondiale sur l'avenir du droit privé international*, *Rev. de dr. int. pr.*, 1919, p. 353 et suiv.

l'application des règlements de police et des lois pénales qui gouvernent « tous ceux qui habitent le territoire » (1). Cette application repose moins sur la présomption de soumission volontaire, alléguée autrefois par Dumoulin, que sur l'affirmation d'une *souveraineté territoriale* qui est restée, depuis la Révolution, à la base de notre droit. La qualité d'étranger ne constitue donc ni une cause de justification, ni une excuse (2). L'adage *Nemo legem ignorare censetur* s'applique aux étrangers comme aux nationaux. Mais comme, d'autre part, nos tribunaux sont disposés à tenir compte des obstacles de fait insurmontables qu'a pu rencontrer l'observation de la loi, il est à présumer, pour des raisons de bon sens et de justice, que cette jurisprudence bienveillante bénéficie surtout aux étrangers (3).

L'application aux étrangers de la loi française comporte d'ailleurs quelques exceptions, dont les unes sont déjà admises par la pratique, d'autres, préconisées par les auteurs, se présentent aujourd'hui, sous une forme embarrassante, à la conscience du juge français.

Sont personnelles à raison de leur but même, et concernent exclusivement les Français, les dispositions de la loi pénale qui se rattachent à l'*accomplissement de leurs devoirs de citoyens*. Sans doute, les textes du Code qui répriment les attentats à la sûreté extérieure ou intérieure de l'État (art. 76 et s., C. pén.) sont d'une application territoriale, générale (4). Et l'on peut en dire autant de ceux qui, destinés en apparence à la protection d'États étran-

(1) Article 3 du Code civil. Voir aussi l'article 161 du Code d'instruction criminelle, et l'article 65 du Code pénal qui ne créent aucune distinction au bénéfice des étrangers.

(2) Cass., 3 février 1827, D. P. 1829. 1. 384 ; Cass., 15 février 1828, D. P. 28. 1. 133; Demolombe, *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, 4e éd., 1869, t. I. nº 73, p. 87.

(3) *Bulletin criminel de la Cour de cassation*, 1835, nº 416 ; 1840, nº 226 ; 1841, nº 112. Vareilles-Sommières, *Synthèse du droit international privé*, t. I, p. 204.

(4) Ainsi qu'il résulte du texte, on doit regarder comme des attentats à la sûreté extérieure de l'État les crimes prévus par les articles 76 et suivants du Code pénal, 205 du Code de justice militaire, consistant dans le fait d'entretenir des intelligences avec l'ennemi, ou d'espionner. Ces crimes peuvent donc être imputés à des étrangers. Cass. crim., 16 juillet 1874, D. P. 74. 1. 697; Cass. crim., 16 novembre 1916, *J. dr. int. pr.*, 1917, p. 1741; Garçon, *Code pénal annoté*, article 76, nº 2 et s.; Garraud, *Traité de droit pénal*, 3e éd., 1916, t. III, nº 1206, p. 556. — Il a été jugé que la loi du 18 avril 1886 sur l'espionnage ne doit être appliquée aux étrangers que dans un esprit de modération et de bienveillance. (Aix, 6 juin 1890, *J. dr. int. pr.*, 90, p. 653).

gers, ont eux aussi pour but, indirectement, la sauvegarde d'un intérêt français : en dehors des articles 84, 85, 133 du Code pénal, déjà cités, on mentionnera l'article 36 de la loi de 1881, qui punit les offenses envers des souverains étrangers (1). Mais, d'autre part, le crime de haute trahison, qui consiste à porter les armes contre la France (art. 75, C. pén.) se rattache à l'accomplissement des devoirs de citoyen et n'est réprimé que s'il a pour auteur un Français (2).

Nos tribunaux se sont arrêtés là, dans l'admission d'un caractère personnel des dispositions pénales. Ils appliquent sans discernement, aux étrangers, comme aux nationaux, les textes du Code pénal (art. 66 et s.) qui fixent l'âge minimum et les degrés successifs de la responsabilité pénale (3). En vain des auteurs ont fait observer que ces dispositions se fondent sur des observations d'ordre psychologique ou physiologique qui se rapportent uniquement aux Français ; que la responsabilité pénale, aussi bien que la capacité civile, devrait être régie par le statut personnel. Leurs objections, de plus en plus pressantes et autorisées, se sont heurtées, jusqu'ici, à l'application rigide du principe territorial.

Nos tribunaux appliquent aussi, sans égard à la nationalité des personnes, certains textes du Code pénal qui, prévoyant des attentats contre les mœurs, font dépendre la répression de qualités propres à *la victime*. Aux termes des articles 331, 356, 334 du Code pénal, l'attentat à la pudeur commis sans violence, le rapt, et le détournement en vue de la débauche, cessent d'être punis quand la victime a dépassé l'âge de 13, 16 ou 21 ans. C'est, incontestablement, en considération d'enfants, de jeunes filles ou de femmes françaises que cet âge maximum de protection a été fixé. Si la victime est étrangère, parfois originaire d'un pays où la maturité physique et intellectuelle s'obtient beaucoup plus tôt ou beaucoup plus tard, n'est-ce pas suivant sa loi personnelle que devrait s'apprécier la majorité spéciale prévue par les dispositions précitées ? — Dans les travaux des conférences internationales, ces considérations ont été présentées; elles ont joué un rôle

(1) Garraud, *Traité de droit pénal français*, 3e ed. 1916, t. III, n° 1163 et s., p. 481 et s.

(2) On remarquera la différence voulue de rédaction entre l'article 75 « Tout Français... » et les articles suivants, « Quiconque... ».

(3) Vareilles-Sommières, *Synthèse*..,, t. II, p. 183; Valéry, *Manuel de droit international privé*, n° 598, p. 846.

important. Fidèle au texte de la loi, qui n'énonce pas de telles distinctions, la jurisprudence française les ignore (1).

Enfin, d'après nos tribunaux, c'est toujours la loi territoriale française, et elle seule, qui détermine, à la suite d'un jugement de condamnation prononcé en France contre un étranger, les conséquences de ce jugement au point de vue de la *récidive*, de la *relégation* (2) et du *sursis* (3). C'est elle qui régit les *causes d'extinction de la peine* ou d'*effacement de la condamnation*. Récemment, la Cour de cassation a fait une application suggestive de cette idée à la *réhabilitation judiciaire* (4).

(1) La doctrine est également attachée à l'application du principe territorial. « Pour n'en citer qu'un exemple, écrit M. Garçon (*Code pénal annoté*, articles 334 et 335, n° 143), l'article 332 protège les enfants contre l'attentat à la pudeur sans violence jusqu'à l'âge de 13 ans ; beaucoup de législations fixent une autre majorité, à raison peut-être du moindre développement physique des enfants. Personne cependant n'a pensé que les lois étrangères pouvaient modifier l'application de la loi française, lorsque la victime est de nationalité étrangère. Il n'y a aucune raison pour admettre une autre solution relativement à l'âge de 21 ans, limite fixée par la loi de 1903, pour la protection des femmes contre la traite de la prostitution ». Dans le même sens : Renault, *La traite des Blanches et la conférence de Paris au point de vue du droit international*, *Rev. générale de dr. intern. publ.*, 1902 ; Despagnet-de Bœck, *Droit intern. publ.*, n° 263, p. 369.

(2) La loi du 27 mai 1885 qui attache aux condamnations prononcées contre certains récidivistes la peine complémentaire de la relégation s'applique également aux nationaux et aux étrangers (Cass. 2 juin 1893, *Gaz. des trib*, 3 juin 1893). La solution se justifie par le caractère *objectif* de la loi qui vise un but de *défense sociale*, et veut éliminer du *territoire* certaines catégories de malfaiteurs dangereux. La jurisprudence diminue beaucoup la valeur pratique de la règle qu'elle pose en décidant, comme on verra plus loin, que les condamnations étrangères n'entrent en ligne de compte ni pour l'aggravation de peine infligée aux récidivistes, ni pour la relégation, ni pour le sursis (Nancy, 11 avr. 1889, *J. dr. int. pr.*, 89, p. 663).

(3) A l'opposé de la relégation, l'institution du sursis, procédant des théories modernes sur l'*individualisation de la peine*, a un caractère personnel, *subjectif*. On s'expliquerait donc que le bénéfice de la loi française du 26 mars 1891, organisant le sursis, fût réservé aux délinquants de nationalité *française*. Voir, cependant, en sens contraire : Trib. de la Seine, 2 novembre 1894, *J. dr. int. pr.*, 1895, p. 231 ; *J. dr. int. pr.*, 1893, p. 109 ; Weiss, *Traité de dr. int. pr.*, 2e éd., t. II (1908), p. 101.

(4) Cass. crim., 20 juin 1919, *Rev. du dr. int. pr.*, 1920, p. 472 ; *J. dr. int. pr.*, 1920, p. 219. Dans cette espèce, l'étranger qui sollicitait sa réhabilitation avait été l'objet, comme suite à la condamnation prononcée contre lui, d'un *arrêté d'expulsion*. Ainsi, il s'était trouvé empêché de satisfaire aux conditions de résidence dont la loi du 14 août 1885 fait dépendre le bénéfice de la réhabilitation judiciaire. Admettrait-on qu'une mesure *administrative* ait pu

Sous la réserve des exceptions qui leur sont imposées par les textes, nos tribunaux s'en tiennent donc, quant à l'application aux étrangers de nos lois pénales, à la stricte observation du principe territorial.

II. — *Infractions commises par des Français à l'étranger.* — Cette méthode est simple. Les compétences, judiciaire et législative, sont confondues. Cette confusion se retrouve dans le régime des infractions commises par des nationaux à l'étranger. Si le fait est un crime, il résulte nettement de l'article 5 que le juge français ne doit considérer qu'une seule loi, la sienne. Il ne tient aucun compte, ni de l'incrimination de la loi étrangère, qui est la *lex loci*, ni de la qualification qu'elle attache au fait, objet de la poursuite (1). — S'il s'agit d'une contravention de simple police, la question est régie par l'accord international dont dépend la répression. Elle est réglée, le plus souvent aussi, en faveur de l'application de la *lex fori* (2). — Mais s'il s'agit d'un délit, une complication résulte de l'article 5 qui, modifié par la loi du 27 juin 1866, subordonne la compétence des juridictions françaises et l'application d'une peine à la condition que le fait soit prévu et réprimé par la *lex loci* (3).

le dépouiller d'un bénéfice organisé à son profit par la loi? Le problème n'est pas nouveau. Il se rattache aux difficultés qu'a fait naître « l'expulsion des étrangers appelés à devenir Français par le bienfait de la loi » (Voir les auteurs cités par Audinet, *J. dr. int. pr.*, 1913, p. 1249). Fidèle à son point de vue (Crim., 28 janv. 1909, *J. dr. int. pr.*, 1909, p. 1081), que jusqu'ici ni la Chambre civile (Civ. cass., 20 mai 1910, *J. dr. int. pr.*, 1910, p. 1195) ni les Chambres réunies de la Cour de cassation (Cass. ch. réunies, 9 déc. 1896, *J. dr. int. pr.*, 97, p. 562) n'ont adopté, la Chambre criminelle, dans son arrêt du 20 juin 1919, admet la pleine efficacité de la mesure administrative, et exclut l'étranger que l'expulsion a empêché de satisfaire aux conditions de fait imposées par la loi. Ce résultat, peu équitable, rend sensible, à nos yeux, la fausseté du système qui préconise l'application constante de la loi pénale française, loi territoriale, aux étrangers.

(1) Cass. crim., 17 octobre 1889, *J. dr. int. pr.*, 1893, p. 143. L'attentat à la pudeur commis en Belgique est punissable en France, quoique, d'après la loi belge, cette infraction ne constitue qu'un délit.

(2) V. ci-dessus, p. 434, note 4.

(3) Il suit de là que le délit d'usure commis par un Français à l'étranger ne peut être réprimé en France qu'autant que le taux de l'intérêt est limité dans le pays où le prêt a été consenti et où il doit produire ses effets. Cet exemple a été donné au cours des travaux préparatoires de la loi de 1866 (Dalloz, 1866. 4. 79). — Peut être poursuivi en France pour faux témoignage en matière civile le Français qui a commis un tel délit dans un pays étranger où ce fait cons-

Sans doute, il a été dit, au cours des travaux préparatoires, que la condition de l'article 5 n'entraîne pas, à proprement parler, l'application d'une loi étrangère. Et nos tribunaux se sont conformés à la volonté probable du législateur en décidant que ni la qualification que donne au fait la loi étrangère, ni la peine plus ou moins sévère qu'elle édicte ne doivent être prises en considération (1). Il s'agit d'une *circonstance de fait*, dont dépend la répression : oui ou non, le fait est-il puni par la *lex loci*? Mais dans l'observation de cette règle, simple en apparence, des difficultés ont surgi, dont la solution permet d'entrevoir une orientation nouvelle de nos tribunaux.

1° La condition imposée par l'article 5 est-elle d'une application constante à toutes les infractions correctionnelles? Il peut arriver que la répression d'un fait que la loi étrangère n'incrimine pas comme un délit soit commandée par des raisons impérieuses touchant à l'ordre public français. Un exemple emprunté aux circonstances récentes vise le délit de *commerce avec l'ennemi* prévu par la loi du 4 avril 1915. Ce fait n'est pas au nombre des crimes attentatoires à la sûreté de l'État auxquels s'applique l'article 7. Mais il serait contraire au dessein de la loi que la répression d'un tel délit fût subordonnée aux dispositions d'une loi étrangère. C'est en ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée (2). Elle a décidé qu'à défaut même d'une disposition expresse, des raisons d'ordre public peuvent faire écarter la condition de l'article 5. Cette jurisprudence prétorienne ouvre la porte à des libertés plus grandes.

2° Quelle est la *lex loci* étrangère à laquelle il est fait renvoi par l'article 5? Est-ce la loi de fond proprement dite, celle-là seule qui établit les incriminations et fixe les pénalités? Est-ce toute loi, de fond ou de forme, dont dépend l'exercice de la répression? —

titue, comme en France, un délit (Paris 10 juin 1905, *Rev. dr. int. pr.*, 1905, p. 888).

(1) Garraud, *Traité de droit pénal*, t. I, n° 156 et 159, p. 302 et suiv.

(2) Cass. crim., 15 juin 1917, *Rev. du dr. int. pr.*, 1917, p. 543. « Le fait réprimé par la loi du 4 avril 1915 n'a été considéré comme un délit par la loi française qu'à raison du préjudice qu'il peut causer à la défense nationale, et ne peut, dès lors, être prévu par une législation étrangère.... Le législateur a entendu frapper tout Français, qui, en tout lieu, conclura ou tentera de conclure un acte de commerce avec un sujet ennemi, et il a ainsi dérogé aux dispositions de l'article 5 du Code d'instruction criminelle ». Cette décision est vivement critiquée par M. Travers, *Le droit pénal international*, t. I, n° 506, p. 611. Elle est peu conforme aux déclarations qui ont été faites au cours des travaux préparatoires de la loi du 27 juin 1866. V. ci-dessus, p. 431, n° 2.

Qu'on suppose un délit de chasse commis par un Français à l'étranger. Le fait est également incriminé par la loi française et par la loi territoriale étrangère. Mais le jour où l'action publique est intentée en France, le bénéfice de la prescription, aux termes de la loi étrangère, est acquis à l'inculpé. Pourra-t-il s'en prévaloir devant le juge français ? — En général, nos tribunaux se sont prononcés pour la négative (1). Leur interprétation se fonde sur les termes de la loi. Elle s'autorise de l'idée que les lois sur la prescription sont des lois de procédure, et qu'en cette matière le juge ne connaît que son droit propre. Mais elle est inconciliable avec la jurisprudence, également certaine en droit international privé, qui soumet à la *lex loci* étrangère les effets des délits civils (2), et règle notamment d'après elle la durée de la prescription (3). Dans les derniers arrêts un flottement se manifeste ; les juges, doutant de la doctrine ancienne, esquivent la difficulté par des observations de fait (4). Peu à peu l'idée s'introduit que la poursuite est exclue en France, toutes les fois que dans le pays où l'infraction a été commise, l'application du droit local (lois de fond ou lois de forme) s'opposerait à son exercice (5).

3° Sortant des termes de la loi, dérogeant à la volonté historique de ses auteurs, la jurisprudence incline donc vers l'application possible des lois pénales étrangères. Il s'agit de la *lex loci*. Mais la nationalité de l'agent ou de la victime peuvent mettre en cause l'application de lois différentes. On sait qu'à l'égard d'infractions commises sur le territoire des arguments sérieux semblent conseiller l'application du droit personnel, pour fixer l'âge minimum de la responsabilité pénale, ou la limite maxima de protection contre certains attentats aux mœurs. Les mêmes arguments se présentent, quand l'infraction a été commise à l'étranger. Ainsi le juge peut se voir imposer l'application d'une loi étrangère qui

(1) Garraud, *Précis de droit criminel*, 12e éd., 1918, p. 134, note 2.

(2) Cass., 29 mai 1894, S. 94. 1. 481 ; Trib. Seine, 27 mai 1895, *J. dr. int. pr.*, 1897, p. 124 ; Cass. rej., 15 février 1905, *Rev. dr. int. pr.*, 1905, p. 114.

(3) Pillet, *Principes du droit internat. privé*, n° 213, p. 416 : n° 311, p. 559.

(4) Trib. Seine, 30 avril 1910, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 829 ; *J. dr. int. pr.* 1912, p. 182.

(5) Voir notamment, en faveur de l'application à la prescription de la *lex loci* étrangère, Despagnet-de Boeck, *Cours de dr. int. public*, n° 311, p. 446. Voir aussi, pour l'application de la *lex loci* à la *prescription de la peine*, P. Matter, *La compétence pénale des tribunaux français et les conflits de lois*, *J. dr. int. pr.*, 1904, p. 590.

serait la loi nationale de l'agent ou de la victime, loi différente, par conséquent, de la *lex loci*. Jusqu'ici la jurisprudence française n'a pas pressenti la difficulté. Tôt ou tard, le progrès du droit la fera surgir devant elle (1).

III. — *Infractions commises par des étrangers à l'étranger*. — Ces diverses questions présenteraient un intérêt pratique supérieur, elles se poseraient de façon plus pressante si, faisant une part quelconque aux idées sur la répression universelle, le législateur admettait la compétence des juridictions françaises à l'égard d'infractions commises par des étrangers à l'étranger. Mais aujourd'hui cette compétence n'existe que dans la mesure où l'intérêt national est en jeu. Or, dans les cas dont il s'agit, seul le législateur français fixe la mesure de la réaction nécessaire contre des attaques qui menacent des intérêts français : seule, l'application de la loi française s'impose au juge.

Elle régit les attentats qui seraient commis à l'étranger contre la sûreté ou le crédit de l'État français. Les infractions dont il s'agit sont les crimes prévus par le livre III. tit. I, chap. I (art. 75 à 83) et les articles 132 et 139 du Code pénal. Sans doute, on doit excepter le crime de haute trahison prévu par l'article 75 du Code pénal, qui ne peut être commis que par un Français. Mais la jurisprudence écartant la distinction proposée par d'éminents auteurs (2),

(1) On peut signaler, dans cet ordre d'idées, la solution critiquable à laquelle la jurisprudence est conduite, dans l'application de l'article 334 du Code pénal, par l'interprétation littérale qu'elle donne actuellement de l'article 5 du Code d'instruction criminelle. En l'absence des manœuvres frauduleuses prévues par l'article 334, § 3, le détournement d'une femme pour la livrer à la débauche est incriminé comme un délit lorsque cette femme n'a pas atteint sa majorité. La jurisprudence et la doctrine française admettent (p. 444, note 1) que la majorité dont il s'agit est, quelle que soit la nationalité de la victime, la majorité française : 21 ans. Lorsqu'un Français se rend coupable à l'étranger du délit de l'article 334, c'est donc cette majorité qui doit être prise en considération. Mais il se peut, d'autre part, que la loi étrangère du lieu de commission n'étende que jusqu'à 20 ans la protection des filles. Si la prétendue victime a dépassé cet âge, aucune peine ne pourra être prononcée par les tribunaux français : l'article 5 s'y oppose, puisqu'en pareil cas le fait, au regard de la *lex loci*, n'est pas un délit. Si l'on admettait, comme il est suggéré au texte, que, sur la limite maxima de protection, la loi nationale de la victime doit seule être consultée, la répression, à ce point de vue, serait indépendante à la fois du lieu de commission et de la juridiction saisie. Et ce résultat serait assurément plus logique et plus équitable.

(2) Voir M. Garçon, *Code pénal annoté*, article 76, n. 2 ; M. Garraud (*Traité*

a décidé que les crimes d'*intelligence avec l'ennemi* et *d'espionnage* peuvent être punis suivant les articles 77 et suivants du Code pénal, 205 du Code de justice militaire (1), lorsqu'ils ont été commis par des étrangers à l'étranger (2).

La loi française s'applique aussi à l'étranger qui, par un acte délictueux, commis à l'étranger, aurait compromis *indirectement* les intérêts de l'État français. Ainsi l'on jugera en France, conformément aux articles 84 et 85 du Code pénal, l'étranger qui, par un acte hostile, non approuvé du Gouvernement français, aurait exposé l'État à une déclaration de guerre, ou des Français à éprouver des représailles (3). Au contraire, il résulte de l'article 133 du Code pénal, littéralement appliqué par nos tribunaux, que la falsification et l'altération de *monnaies étrangères* ne constituent un délit que lorsqu'elles ont eu lieu en France (4).

de droit pénal, t. III, n° 1205, p. 555), estime que l'étranger qui habitait hors de France, lorsqu'il a commis les actes prévus par les articles 77 et suivants du Code pénal, ne tombe pas sous le coup de la loi française. M. Laborde n'admet la poursuite pour un acte commis par un étranger à l'étranger que s'il est « contraire au droit des gens ».

L'argumentation de ces auteurs procède de l'idée que la criminalité des actes prévus par les articles 77 et suivants résulte de devoirs spéciaux dont l'étranger n'est pas tenu, lorsqu'il ne réside pas sur le territoire de la France. Mais la distinction qu'ils proposent est étrangère au texte de ces articles. En ce sens, Travers, *Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre*, t. I, Paris, 1920, n° 397, p. 520.

(1) L'espionnage, qui, en temps de paix est un délit correctionnel prévu par la loi du 18 avril 1886, devient, en temps de guerre, un *crime*, réprimé par l'article 205 du Code de justice militaire.

(2) Cass. crim., 16 nov. 1916, *J. dr. int. pr.*, 1917, p. 1741; Cons. de guerre de Paris, 30 juillet 1917, *J. dr. int. pr.*, 1917, p. 1745; Cass. crim., 23 août 1917, *J. dr. int. pr.*, 1917, p. 1748; Cass. crim., 10 mai 1918, S. 1918-1919, somm. 1. 32; *Bull. crim.*, 1918, n. 107, p. 189. Cons. Revis. Bordeaux, 23 mai 1919; Paris, 4e Cons. de guerre, 18 juin 1919; C. de cass. Ch. crim., 15 janvier, 4, 19 et 26 mars 1920, *Rev. du dr. int. pr.*, 1920, p. 432.

(3) Cf. *suprà*, p. 419, n. 2.

(4) L'article 133 est ainsi conçu : *Tout individu qui aura, en France, contrefait ou altéré des monnaies étrangères, ou participé à l'émission, exposition ou introduction en France de monnaies étrangères contrefaites ou altérées, sera puni des travaux forcés à temps*. On a observé que ce texte, lorsqu'il a été admis (loi du 13 mai 1863), était conforme au principe territorial qui dominait alors, presque sans exception, dans notre droit. Les mots « en France » auraient dû être supprimés après la loi du 27 juin 1866 (Blanche, *Études pratiques sur le Code pénal*, vol. 3, n. 40). Néanmoins, la solution restrictive, qui a prévalu, semble répondre aux intentions du législateur français qui n'a voulu assurer la protection d'intérêts étrangers que dans la mesure où cette protection sert aussi, indirectement, l'intérêt français. Cet intérêt qui est évident dans les

Enfin, c'est conformément à loi française que sera jugé l'étranger, visé par la loi du 26 février 1910, qui a acquis, postérieurement à l'infraction, la nationalité française, et sur lequel repose une présomption de fraude. Si, toutefois, le fait est un délit, *stricto sensu*, la répression sera subordonnée, suivant la condition établie par l'article 5 du Code d'instruction criminelle, alinéa 2, à l'incrimination du fait par la *lex loci*.

§ 3. — De l'efficacité des jugements répressifs.

L'article 5 du Code d'instruction criminelle, modifié par la loi du 27 juin 1866, attachait aux sentences pénales étrangères concernant les crimes ou délits commis par des Français à l'étranger un effet bien déterminé. Elles avaient l'autorité négative de la chose jugée. Elles faisaient obstacle à de nouvelles poursuites. « *Qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger* ».

Ce texte devait-il être regardé comme apportant une exception *strictæ interpretationis* au principe de la territorialité des jugements répressifs? Ou consacrait-il l'abandon de ce principe? Tel est le problème qui se posait devant la jurisprudence française.

La question de l'effet international des jugements répressifs appelle des distinctions multiples, suivant que la sentence émane de juges nationaux ou étrangers, suivant que l'individu qui en est l'objet est un national ou un étranger, suivant que l'infraction a été commise en France ou à l'étranger. On va s'inspirer de ces distinctions dans un exposé qui se bornera à reproduire, sans commentaire, les solutions actuelles du droit positif français.

1° *Effets d'un jugement prononcé en France contre un étranger pour une infraction commise en France.* — En vertu du principe territorial, ce jugement produit les mêmes effets que si l'auteur du délit était un Français. Il est susceptible d'exécution forcée en France.

Si le condamné se rend coupable d'une infraction postérieure, le

cas prévus par les articles 84 et 85, apparait moins nettement dans l'hypothèse de l'article 133. En ce sens, Paris, 18 avril 1883, D. P. 86. 2. 166; Douai, 5 juillet 1883, *J. dr. int. pr.*, 83, p. 617; Cass., 27 juillet 1883. *Bull. crim.*, 1883, n. 190 p. 316. Cf. Travers, *Le droit pénal international*, t. I, Paris, n° 64, p. 68.

jugement prononcé contre lui fera obstacle, dans les conditions légales, au bénéfice du sursis; ce jugement sera pris en considération pour la récidive (1).

La condamnation entraînera, en dehors de la peine principale et des peines complémentaires que le juge aura l'obligation ou la faculté de prononcer, l'application des peines accessoires que la loi française en fait résulter de plein droit. Ainsi le condamné sera frappé, dans les cas prévus par la loi, de l'interdiction légale (2). Il pourra être privé de ses droits publics ou politiques, dans la mesure où des droits de cette nature lui ont été conférés par la loi française (3). Admettra-t-on aussi que la sentence française a pu restreindre la capacité civile de l'étranger? Lui infliger par exemple, en vertu de la loi de 1889, la déchéance de la puissance paternelle? La plupart des auteurs français se sont prononcés en ce sens (4). La jurisprudence est divisée (5).

2° *Effets d'un jugement prononcé en France contre un Français pour une infraction commise à l'étranger.* — Le lieu du délit est sans influence sur l'efficacité du jugement répressif. Celui-ci entraîne toutes les conséquences que la loi attache aux sentences prononcées contre des Français par des juges français. Il est susceptible d'exécution forcée. Il a l'autorité positive et négative de la chose jugée. Il produit les incapacités civiles ou politiques édictées par la loi française.

3° *Effets d'un jugement prononcé à l'étranger contre un Français pour une infraction commise à l'étranger.* — C'est ici que

(1) Cass., 3 avril 1875, D. P. 75. 1. 490.

(2) Grenoble, 14 juin 1892, D. P. 93. 2. 436. Cf. Valéry, *Manuel*, n° 598, p. 846.

(3) Aix, 24 mars 1885, *J. dr. int. pr.*, 1885, p. 286; Trib. police, Paris, 1[er] décembre 1898, *J. dr. int. pr.*, 1899, p. 358; Lehr. *Du port de décorations au point de vue du droit international*, *J. dr. int. pr.*, 1887, p. 302; Hugueney, *Des incapacités et déchéances en droit pénal international*, *Rev. dr. int. pr.*, 1909, p. 808.

(4) Pillet, *De la déchéance de la puissance paternelle considérée au point de vue du dr. intern.*, *J. dr. int. pr.*, 1892, p. 17; Valéry, *Manuel*, n° 817, p. 1156; n° 819, p. 1159. Il est à remarquer que, pour ces auteurs, la loi sur la déchéance de la puissance paternelle est cependant une loi personnelle, dont les effets s'étendent aux familles françaises résidant à l'étranger.

(5) V. dans le sens de la doctrine : Aix, 8 mars et 15 novembre 1897, S. 99. 2. 57 et la note de M. Audinet; Paris, 25 avril 1899, *J. dr. int. pr.*, 99, p. 823. *Contrà* : Trib. Seine, 20 juin 1896, *J. dr. int. pr.*, 1896, p. 1055.

surgit, dans son acuité, la difficulté de principe énoncée au début du paragraphe. L'article 5, alinéa 3, en effet, attache formellement à cette sentence, lorsqu'elle est définitive (1), l'autorité négative de la chose jugée; elle fait obstacle à toute nouvelle poursuite qui, pour le même objet, pourrait être intentée en France. La règle étant posée en termes généraux, l'autorité de chose jugée existe, même si le jugement étranger se rapporte à un crime contre la sûreté ou le crédit de l'État français (2).

De plus, le législateur de 1866 avait omis d'excepter — et cette omission n'était pas le fruit d'une inadvertance (3) — le cas où le Français condamné se serait soustrait par la fuite à l'exécution du jugement prononcé contre lui. Pour prévenir une injuste impunité (4), la loi du 3 avril 1903 a écarté, dans ce cas spécial, l'effet extinctif de la sentence étrangère : *Toutefois, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé prouve qu'il a été jugé définitivement à l'étranger, et en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce.*

Mais la disposition de l'article 5 qui attache au jugement étranger une conséquence aussi importante consacre-t-elle l'abandon, par le droit français, du principe territorial, et l'autorité internationale des jugements? La jurisprudence française ne l'a pas admis. Elle n'attache à cette disposition que la valeur d'une

(1) Il est constant, en effet, qu'une condamnation étrangère prononcée par contumace (Cass., 21 déc. 1861, *Bull. crim. de la Cour de Cass.* n° 282, p. 457; Paris, 22 déc. 1873, D. P. 74. 2. 147; Orléans, 22 janv. 1880, S. 80. 2. 57) un jugement prononcé par défaut (Cass. 17 oct. 1889, D. P. 90. 1. 138) n'ayant pas de caractère définitif, ne sauraient exonérer d'une nouvelle poursuite en France. Quant aux jugements d'instruction, on a soutenu quelquefois (P. Matter, *J. dr. int. pr.*, 1904, p. 606) que l'effet extinctif d'une ordonnance de non-lieu dépend de la loi en vertu de laquelle elle a été prononcée, de la *lex loci.* Or, les législations sont généralement d'accord pour exclure une poursuite nouvelle, à moins que, l'ordonnance étant motivée en fait, il ne survienne de nouvelles charges. Nous n'avons pas connaissance qu'aucune décision ait été rendue dans ce sens.

(2) Les auteurs estiment, en général, qu'à l'égard de ces attentats une exception formelle devrait être apportée au principe de l'autorité négative de la chose jugée. Voir, Garraud, *Traité*, t. III, n° 185, p. 397; Travers, *Le droit pénal international*, t. I, n. 406, p. 530. *Contrà* : P. Matter, *J. dr. int. pr.*, 1904, p. 619.

(3) V. ci-dessus, p. 431, note 3.

(4) Le Poittevin, *Des crimes ou délits commis par des Français à l'étranger*, *J. dr. int. pr.*, 1894, p. 209.

solution exceptionnelle, commandée par un sentiment d'humanité et de justice. C'est dans un esprit restrictif qu'elle l'applique. Elle refuse donc au jugement prononcé à l'étranger contre un Français toute force exécutoire en France (1). Ce refus d'exécution, elle l'étend aux condamnations civiles prononcées en faveur de la partie lésée ; celle-ci ne pourra bénéficier de l'*exequatur* (2). Ni pour le sursis, ni pour la récidive, ni pour l'application des règles sur le cumul, la sentence étrangère ne sera prise en considération (3). Elle n'entraînera, pour le Français condamné, aucune privation de droits, aucune incapacité civile ou politique (4).

Cette dernière solution était si manifestement inique, si fâcheuse dans ses conséquences sociales, que le législateur français a eu recours, pour les atténuer, à des expédients. Des lois relatives soit à l'exercice de la médecine (5), soit au recrutement de l'armée (6) ont institué des actions spéciales dont l'objet est d'attacher à la sentence étrangère les incapacités qui n'en résultent pas de plein droit (7). Un mouvement se dessine, tendant à faire admettre que

(1) Trib. Seine, 26 novembre 1901, *J. dr. int. pr.*, 1903, p. 601. — Cf. Valéry, *Manuel de droit international privé*, n° 570, p. 798, n. 1.

(2) Paris, 30 novembre 1860. S. 62. 2. 539, D. P. 61. 2. 69; Trib. Lille, 18 juillet 1895, *J. dr. int. pr.*, 1896. p. 1037; Trib. Belfort, 16 février 1913, *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 473. Cependant la jurisprudence française a appliqué quelquefois aux condamnations civiles prononcées par des tribunaux répressifs étrangers les dispositions des traités concernant l'exécution des jugements étrangers en matière civile. Ainsi, pour le traité franco-italien du 11 septembre 1860 : Aix, 24 mars 1885, *J. dr. int. pr.*, 85, p. 286; au sujet du traité franco-suisse du 15 juin 1869 : Cass., 30 avril 1908, S. 1908. 1. 553; D. P. 1909. 1. 241.

(3) Aix, 14 avril 1875, S. 76. 2. 5; Besançon, 15 avril 1879, S. 79. 2. 104; Garraud, *Traité de droit pénal français*, 3e éd., t. I, n° 205, p. 429.

(4) Cass., 14 avril 1868, S. 68. 1. 183; Cass., 30 avril 1885, S. 86. 1. 132; Valéry, *Manuel*, n° 595, p. 840.

(5) Loi du 30 novembre 1892, *sur l'exercice de la médecine*, art. 25 (*in fine*). *En cas de condamnation prononcée à l'étranger pour un des crimes et délits ci-dessus spécifiés, le coupable pourra également, à la requête du ministère public, être frappé par les tribunaux français de suspension temporaire ou d'incapacité absolue de l'exercice de sa profession.*

(6) Loi du 21 mars 1905, article 4. *Sont exclus de l'armée...* al. 4 : *les individus condamnés à l'étranger pour un crime ou un délit puni par la loi française d'une peine afflictive ou infamante ou de deux années au moins d'emprisonnement, après constatation par le tribunal correctionnel du domicile civil des intéressés, de la régularité et de la légalité de la condamnation.*

(7) Cf. V. Pella, *Des incapacités résultant des condamnations pénales en droit international.* Travaux de la Conférence de droit pénal. Paris, 1920, p. 31 et suiv.

le délit commis par un Français à l'étranger et constaté par un jugement étranger est un *fait*, qui peut servir de fondement soit à une action en divorce (art. 232, C. civ.), soit à une action en révocation de donation pour ingratitude (art. 955, C. civ.) (1). Une application rigoureuse du principe territorial commandait jusqu'ici aux juges français une égale méconnaissance des lois étrangères et des jugements étrangers : sur ces deux points. la révolte des faits semble préparer un changement de jurisprudence (2).

4° *Effets d'un jugement prononcé à l'étranger contre un étranger pour une infraction commise en France.* — On a vu que nos tribunaux refusent, en principe, tout effet en France au jugement prononcé à l'étranger contre un Français. Quand le condamné est étranger, l'application du principe territorial commande une solution semblable. Jusqu'à ces dernières années, elle était admise, sans exception, par nos tribunaux. Notamment, d'après la jurisprudence antérieure à la loi du 27 juin 1866, et que le législateur de cette époque a eu l'intention de maintenir (3), la condamnation prononcée à l'étranger pour une infraction commise en France ne faisait pas obstacle à une nouvelle poursuite sur le territoire français (4).

Sur ce dernier point, une innovation capitale est intervenue. Le législateur du 3 avril 1903, ajoutant un paragraphe supplémentaire à l'article 7 du Code d'instruction criminelle, a disposé : « *Aucune poursuite ne peut être dirigée contre un étranger pour crime ou délit commis en France, si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger, et, en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine, ou obtenu sa grâce.* » La promulgation de cette loi date de l'époque où la Conférence de 1902 sur la traite des blanches avait donné aux problèmes de droit pénal international un regain d'actualité (5).

(1) Trib. civ. de Gex, 3 février 1897, *J. dr. int.*, p. 97, p. 532.

(2) Gidel, *De l'efficacité extraterritoriale des jugements répressifs*, Paris, 1905, p. 120; M. Travers, *De l'effet en France, des jugements répressifs étrangers. Rev. du dr. int. pr.*, 1914, p. 501.

(3) V. les débats de la loi du 27 juin 1866, D. P. 66. 4. 75. — Ci-dessus, p. 431.

(4) Crim. rej., 23 novembre 1866, D. P. 67. 1. 235 et rapport Salneuve; Cass., 11 septembre 1873, D. P. 74. 1. 133; Assises Seine-et-Oise, 9 janvier 1883, France judiciaire, VII, 444. — Cf. Delonme, *Principes généraux du droit international en matière criminelle*. Toulouse, 1882, p. 108 et suiv.

(5) Les considérations qui ont déterminé cette réforme sont exposées par

Elle laisse subsister le principe jurisprudentiel, qui est toujours l'absolue territorialité des jugements répressifs, et par conséquent l'inefficacité sur le territoire français des sentences étrangères. Mais à ce principe elle apporte une exception. Désormais la décision étrangère, si elle est définitive (1), jouit en France de l'autorité négative de la chose jugée. Cet effet se produit de plein droit, sans vérification du bien fondé ni de la régularité de la sentence, sans qu'il soit fait recours à la procédure d'*exequatur* toujours requise en matière civile. Cet effet se produit à l'égard d'une infraction commise en France, à la répression de laquelle la souveraineté française est intéressée au premier chef. Dans le conflit entre le principe territorial d'une part — et d'autre part, le respect de la chose jugée, c'est désormais la dernière idée qui prévaut.

5° *Effets d'un jugement prononcé à l'étranger contre un étranger pour une infraction commise à l'étranger.* — Dans le silence de la loi, nos tribunaux se bornent à la simple application du principe territorial. Le jugement étranger ne comporte aucune exécution forcée en France (2); au cas d'une infraction nouvelle, il ne compte pas pour la récidive. Il n'entraîne à la charge du condamné aucune incapacité civile ou politique, même s'il est l'œuvre des juges de l'État auquel ressortit le délinquant. Il ne crée pas d'exception contre une nouvelle poursuite. Aussi bien, cette poursuite n'est possible que si l'infraction commise est un attentat à la sûreté ou au crédit de l'État. Et l'on sait qu'en pareil cas l'intérêt

Matter, *J. dr. int. pr.*, 1904, p. 616. Des réclamations s'étaient produites. Certains Gouvernements étrangers, prévoyant que les décisions de leurs tribunaux seraient méconnues en France, s'abstenaient de poursuivre leurs nationaux qui, s'étant rendus coupables d'infractions sur le territoire français, s'étaient réfugiés dans leur pays (Rapport du Conseil fédéral suisse à l'Assemblée fédérale sur sa gestion, *J. dr. int. pr.*, 1897, p. 1117; 1898, p. 994).

(1) L'autorité de la chose jugée n'appartient pas, en effet, aux sentences étrangères qui auraient été prononcées par défaut ou par contumace, ni aux jugements d'instruction (Crim., 10 août 1905, *Rev. dr. int. pr.*, 1905, p. 676).

(2) Mais il pourra servir de base à une demande d'extradition, formée par l'État étranger sur le territoire duquel le crime a eu lieu. Et ne peut-on soutenir que l'arrestation qui sera opérée à la suite de cette demande sur le territoire français constitue un acte d'exécution susceptible, notamment, d'interrompre la prescription de la peine? C'est ce que la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 3 août 1888 où il est dit que « les traités d'extradition ont précisément pour but d'obliger l'État requis à procurer, dans certains cas et sous certaines conditions, l'exécution ds mandements et arrêts de justice de l'État requérant ». Cf. M. Travers, *loc. cit.*, p. 485.

français directement en cause ne permet qu'il soit tenu compte ni des dispositions d'une loi étrangère, ni d'un jugement étranger.

On s'est abstenu, dans ce qui précède, d'apprécier les solutions qui constituent aujourd'hui, sur les questions de compétence criminelle, le droit positif français. C'est un tableau que l'on a tracé. S'il est fidèle, il doit être permis d'y reconnaître les traits essentiels de la Doctrine italienne des statuts. Car celle-ci, ignorée sans doute, et négligée par les auteurs du Code d'instruction criminelle, bénéficie, grâce à l'effort patient quoique incomplet de la doctrine, de la pratique et de la loi, d'une véritable résurrection.

S'agit-il de la compétence judiciaire? C'est la prépondérance du *forum loci delicti* que l'on retrouve. Elle laisse une place à la compétence personnelle. Elle est tempérée par la tendance, qui s'affirme, à consacrer la répression universelle des infractions les plus graves, qui mettent en péril l'ordre public international.

S'agit-il de la compétence législative? S'affranchissant peu à peu du préjugé qui lui imposait l'application exclusive de sa loi propre, le juge français comprend l'obligation, où il se trouve, de faire une place toujours plus large au droit étranger du lieu où l'infraction a été commise.

S'agit-il enfin de l'efficacité extraterritoriale des jugements répressifs? Des timidités excessives, et quelquefois, de la part du législateur lui-même, certaines hardiesses inattendues donnent une impression d'incohérence. Mais l'idée qui remonte à la surface, et produit chaque jour des conséquences plus étendues, c'est l'idée, jadis aperçue par Bartole, de l'effet international des droits acquis.

Les spéculations de Bartole et de ses disciples sont peut-être aussi étrangères à nos législateurs et à nos juges qu'elles le furent aux auteurs du Code de 1808. Mais la nécessité d'une lutte efficace contre le danger de la criminalité internationale a suffi à la restauration d'une doctrine que, dans les rapports entre les cités italiennes, la justice et la raison avaient inspirée. Sans doute, il ne s'agit encore que d'une ébauche. L'effort parallèle des législations contemporaines et de la doctrine étrangère a-t-il réalisé, vers l'établissement d'un système international de compétence qui satisfasse aux besoins de notre époque, un progrès plus important? L'examen de cette question sort du cadre que nous avons voulu donner à notre étude.

CONCLUSION

Sommaire. — Prédominance, dans l'inspiration des articles 5-7 du Code d'instruction criminelle, du système territorial aujourd'hui abandonné. — Nécessité, au point de vue d'une réforme législative, d'opter entre le système nationaliste ou réaliste, et le système universaliste. — Le dernier répond seul aux tendances actuelles. — Applications.

L'ouvrage qu'on vient de lire contient l'histoire des articles 5 à 7 du Code d'instruction criminelle.

Cette histoire remonte très haut dans le passé. Pour le règlement des questions de compétence pénale, les rédacteurs de ces articles ont succédé à la Doctrine italienne des statuts, dont la trace ne s'était jamais complètement perdue depuis son introduction en France, et que les internationalistes du xviiie siècle avaient remise en honneur. Les interprètes, les réformateurs de ces articles ont subi, consciemment ou non, son influence. Or la Doctrine des statuts est inséparable des législations et des doctrines anciennes qui lui ont légué des principes, des exemples, et des arguments.

Mais aussi, cette histoire s'étend très loin dans l'espace. L'élaboration du droit pénal international n'est le monopole d'aucun peuple. Lorsqu'il s'est agi d'étendre aux relations entre les grands États le bénéfice d'une science que Bartole et ses successeurs avaient édifiée sur un théâtre très restreint, ce n'est ni en Italie ni en France, c'est en Hollande que ce travail d'élargissement a été fait. Grotius peut, à notre point de vue comme à tant d'autres, être salué comme le grand rénovateur du droit international. Par la voix de ses disciples suédois, allemands ou suisses, des philosophes du xviiie siècle, des hommes de la Révolution, son influence s'est exercée aussi sur la rédaction de notre Code. Aujourd'hui même, l'examen des législations étrangères serait le prélude indispensable d'une réforme législative, sur les rapports de compétence

criminelle entre les États. Plus récentes que la nôtre, ces législations ont bénéficié du progrès des relations internationales qui caractérise le XIXe et le début du XXe siècle.

Pour leur malheur, les rédacteurs des premiers articles de notre Code sont intervenus à une époque où la situation diplomatique de l'Europe, où l'orientation des esprits étaient éminemment contraires à l'élaboration rationnelle d'un système de droit international. C'est à contre-cœur qu'ils ont fait une place, arbitrairement et chichement mesurée, à l'exterritorialité de la compétence pénale. En général, ils sont restés sous la hantise d'une formule où s'est traduit, à quelques époques, sur le terrain du droit pénal, l'*isolement* de certaines juridictions ou de certains peuples : *Extra territorium jus dicenti impune non paretur*. Le *pouvoir* effectif de l'État servant de mesure à la compétence : c'est le système *territorial*, dont la réfutation est désormais inutile, puisqu'il constitue la négation même du droit pénal international. Les atténuations que les lois postérieures ont apportées n'ont pas contribué à donner à ces articles l'aspect d'un système législatif harmonieux ni cohérent.

Si l'on néglige une doctrine périmée, deux systèmes se sont disputé, au cours de l'histoire, la direction des idées et des faits en droit pénal international. L'un et l'autre font une part à l'exterritorialité de la compétence criminelle. Mais ils procèdent de deux conceptions opposées des rapports internationaux.

C'est, d'une part, la thèse *impérialiste*, ou *nationaliste*. Elle domine le droit pénal romain. Après l'anarchie du Moyen âge, elle s'affirme, à mesure que se constitue le pouvoir royal ; à l'abri des doctrines absolutistes, elle inspire la jurisprudence française du XVIIe siècle. Elle intervient sous le second Empire, et détermine alors, au profit de nos tribunaux, par un correctif apporté à l'exclusivisme du Code, l'extension de compétence que commande la protection des intérêts de l'Etat. L'*intérêt de l'Etat*, tel est, en effet, dans cette doctrine réaliste, le critérium de la compétence. Il détermine l'intervention des juridictions de l'Etat, l'application de sa loi à l'égard de toutes infractions commises sur son territoire, Il sert de fondement à la réaction pénale contre les attentats qui, du dehors, menacent la sécurité de l'Etat, ou des citoyens. Il comporte l'admission d'une certaine personnalité active de la compétence, en vertu de la règle : *Interest civitatis habere bonos subditos*.

C'est, d'autre part, la thèse cosmopolite, universaliste. Elle

jaillit de l'âme du peuple grec. Elle revit dans l'œcuménisme ecclésiastique du Moyen âge. Elle aboutit, dans la doctrine de Grotius et de son Ecole, au projet d'une Société des nations. A la base du système universaliste est, en effet, la communauté de droits et d'obligations qui domine les rapports entre les peuples. Le *devoir de l'Etat* devient alors le fondement de la compétence. Comment cette communauté se traduit-elle, sur le terrain de la justice criminelle? D'abord, par une organisation rationnelle de la compétence répartie entre les juridictions des divers Etats, en vue d'attacher à la répression *juste* le maximum d'effet *utile*. Ensuite, par la délimitation du ressort législatif, suivant une analyse attentive de chaque loi pénale considérée dans sa *nature* propre et son *but* social. En cela consiste la Doctrine italienne des statuts, telle que Bartole et ses successeurs l'ont fondée, telle qu'elle a éclairé l'Allemagne libérale du XVIIIe siècle, telle que l'ont accueillie nos Boullenois et nos Bouhier. Enfin, elle a fait consacrer, dans les rapports internationaux, la compétence du *judex deprehensionis*, exprimant ainsi la répercussion universelle du crime, et l'obligation juridique où se trouve chaque Etat d'extrader ou de juger le criminel tombé entre ses mains. *Au dedere, aut punire*. C'est la thèse de *l'universalité du droit de punir*.

Eh bien ! Tout le problème scientifique et législatif de la compétence criminelle internationale se ramène à l'option nécessaire entre ces deux doctrines. Si multiples que soient les questions du droit pénal international, si neuves qu'elles semblent au premier abord, il n'en est pas une seule qui ait échappé aux recherches et aux prévisions minutieuses de nos anciens auteurs. On chercherait en vain, dans le contingent d'idées qu'ont apporté les recherches les plus récentes, un principe général de solution qu'ils n'aient entrevu.

Au XIXe siècle, l'Allemagne, dans une réaction exaspérée contre l'idéalisme de ses philosophes et de ses poètes, contre le libéralisme de ses plus grands juristes, contre l'individualisme issu de la Révolution française, a mis en honneur une conception réaliste, socialiste, autoritaire du droit. Ainsi s'exprimait l'orgueil scientifique de l'Etat prussien, parvenu au faîte de sa puissance. Cette doctrine comporte la croyance que la répétition du fait c'est-à-dire *l'habitude* fut, dans le passé, l'unique source du droit [1]; — l'af-

(1) Ihering. *Das Zweck im Recht.*

firmation que l'Etat, disposant de la force, étant le maître du fait, *crée le droit*, et ne connaît, dans l'exercice de sa force créatrice, aucune limite en dehors de celles qu'il lui plaît de s'imposer (1); — la conclusion qu'il doit user de ce pouvoir au mieux de l'intérêt collectif qu'il représente (2). — Cette doctrine a pour conséquences : sur le terrain du *droit civil*, un étrange mépris de la volonté et de la liberté individuelles, quand leur observation n'est pas jugée exactement conforme au salut commun, au bien de l'Etat (3); la transformation du *droit pénal*, désormais regardé comme un « système de protection des intérêts » auquel toute idée de justice morale est étrangère (4); dans les relations internationales, l'apologie illimitée de la force (5). Quant à la compétence criminelle, sérieusement étudiée par des juristes tels que Binding, von Rohland et von Liszt, cette doctrine impose un criterium unique qui est *l'intérêt de l'Etat*. *Realprinzip* sous ses différentes formes — « in raümlicher Auffassung, in staatlich — realer, staatlich — ideeller Auffassung » — c'est la réédition. avec des nuances modernes d'expression ou de pensée (6), dans un langage subtil et parfois obscur, d'un système aussi vieux que l'égoïsme des sociétés humaines : le système impérialiste ou nationaliste, celui que répudie le mouvement des idées (7) et des faits à l'heure actuelle.

(1) Laband. *Le Droit public de l'Empire allemand*; Jellinek, *l'Etat moderne et son droit* (*théorie de l'autolimitation de l'Etat*).

(2) Sarwey. *Das öffentliche Recht und die Verwaltungspflege*, 1880 ; Zorn. *Reichstaatsrecht*, t. I et II, 1895 et 1897.

(3) V. en particulier les articles 226, 228, 904 du Code civil allemand. La thèse de « la déclaration de volonté » permet de négliger l'intention *réelle* des auteurs d'un acte. Saleilles, *La déclaration de volonté*, p. 19 : « La déclaration, fait matériel extérieur et *susceptible d'appréciation objective*, est substituée à la volonté manifestation interne, ne tombant sous aucun procédé d'investigation et d'appréciation ».

(4) Von Liszt, *Traité de droit pénal allemand*, trad. Lobstein (1908) avec préface de M. Garçon, t. I, p. 98 : « Si le droit a pour mission générale la défense d'intérêts vitaux humains, le droit pénal a pour mission spéciale *la défense renforcée d'intérêts particulièrement dignes de protection* et ayant besoin d'une protection spéciale, défense qui a lieu par la menace et l'exécution de la peine, en tant que calamité frappant le délinquant ».

(5) Jellinek *op. cit.*, t. I, p. 562 et suiv « Là où l'observation du droit international et l'existence de l'Etat entrent en conflit, la norme juridique passe à l'arrière plan. parce que *l'Etat est supérieur à tout principe juridique* ; le droit international existe pour les Etats, et non les Etats pour le droit international ».

(6) Voir en particulier von Rohland, *Das internationale Strafrecht*, Leipzig, 1877 ; Hegler. *Prinzipien des internationalen Strafrechts* Breslau, 1906.

(7) Il est suggestif que le *Realsystem* soit formellement écarté dans l'ouvrage

Les auteurs du traité de Versailles ont voulu marquer l'avènement d'un état politique nouveau entre les peuples. Au choc des impérialismes, qui assombrit le passé, ils ont voulu substituer, pour l'avenir, un régime d'ordre qui prévînt les conflits sanglants. Ils ont créé à cet effet une Société des Nations; ils ont institué une sanction pénale; ils ont prévu une juridiction supérieure aux États.

Le Pacte des nations n'est pas l'effet occasionnel des aspirations généreuses d'un homme, ou des combinaisons politiques d'une assemblée de diplomates. Il répond à un besoin de la conscience contemporaine. Il ne convient pas d'apprécier ici sa valeur pratique. Il suffit de constater que, grâce à lui, les conceptions mi-philosophiques, mi-juridiques de Grotius ont pénétré dans le droit positif international : son « droit naturel » est devenu un « droit des gens » (1). Il faut ajouter que, sur le terrain de la compétence criminelle, cette innovation a pour corollaires : la substitution au système législatif ancien, qui est celui de l'élaboration isolée, unilatérale, d'un régime d'ententes internationales ; l'élimination du criterium ancien : *l'intérêt de l'Etat* — au profit d'un criterium nouveau : *l'idée de justice*.

L'admission d'une action publique « pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités », intentée contre un souverain qui a déchaîné une guerre injuste, est une application de cette idée (2). Il n'y a lieu de rechercher ici si, dans l'état actuel des choses, une telle action peut aboutir — ou si les faits doivent confirmer, une fois de plus, l'assertion de Wolff que la guerre a pour fin nécessaire une transaction et une amnistie. Il suffit de constater la résolution concertée d'instituer

le plus récent, à notre connaissance, qui ait été publié en Allemagne sur les questions de droit pénal international. Dans son « *Internationales Strafrecht* » (Stuttgart, 1917), p. 96, le professeur Kohler, de Berlin, l'un des premiers internationalistes allemands, dit que le *Real prinzip* est condamné, tant au point de vue du droit criminel que du droit international.

(1) *Pacte de la Société des Nations* : « Les hautes parties contractantes, considérant que, pour développer la coopération entre les nations, et pour leur garantir la paix et la sûreté, il importe : ...d'observer rigoureusement les prescriptions du droit international, reconnues désormais comme règle de conduite effective des gouvernements; de faire régner la justice... ».

(2) Article 227 du traité de paix : « Les puissances alliées et associées mettent en accusation publique Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne, pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités ». — Larnaude et de Lapradelle, *J. dr. int. pr.*, 1919, p. 150 et suiv.

une responsabilité pénale internationale ayant pour fondement la morale universelle, c'est-à-dire encore l'idée de justice.

Cette responsabilité, l'institution, également prévue par le traité (1), d'une juridiction suprême, d'une Haute Cour de justice internationale, a pour but de l'organiser et de la rendre effective. Le rôle d'une telle juridiction ne peut se borner au règlement pacifique des différends internationaux. Il comporte l'examen de procédures criminelles, l'application de sanctions pénales déjà prévues pour les crimes commis pendant la guerre (2). Quelle que soit la valeur de cette institution, si délicate que soit la détermination de son ressort, elle dénonce clairement la volonté d'organiser, *internationalement*, la compétence pénale (3).

Quel sens profond doit-on attribuer à ces innovations, si l'on n'y voit l'application, la consécration définitive de la doctrine universaliste?

Certes, l'adoption d'une formule ne suffit pas à résoudre tous les problèmes du droit pénal international. L'étude des précédents ne suffit pas non plus à cette tâche. On a déjà dit que l'examen des législations modernes en est le prélude indispensable. Mais un travail de déblaiement est nécessaire. Ce que l'histoire des doctrines apporte, ce que commande et justifie l'expérience du passé, c'est l'exclusion de certains *axiômes* qui traînent encore, dans l'opinion commune, comme la survivance d'un principe que le sentiment général a condamné.

D'abord, l'idée que *la compétence internationale des juridictions criminelles se mesure d'après l'intérêt de l'État*. Cette idée renferme une confusion certaine de la criminalité politique et de la criminalité de droit commun. Quand l'État réagit pénalement contre un criminel politique, il défend un intérêt qui lui est propre. Mais quand l'État réprime une infraction de droit commun, il protège un intérêt supérieur à lui, et qui appartient à tous les hommes : il obéit à une idée de justice universelle. Sans critiquer les dispo-

(1) *Pacte de la Société des nations*, article 14. « Le conseil est chargé de préparer un projet de Cour permanente de justice internationale, et de le soumettre aux membres de la Société ».

(2) Articles 228 et 229 du traité de paix. — Cf. J. Dumas, *Les sanctions pénales des crimes allemands*, avec un avant-propos de M. Weiss, Paris, Rousseau, 1916.

(3) W. Loubat, *De la nécessité d'un Code pénal international*, *Le Temps*, du 31 octobre 1920.

sitions *égoïstes* qui émaillaient les législations statutaires de leur époque, les docteurs italiens savaient leur reconnaître un caractère *exceptionnel*. Ce n'est pas sur l'idée de *protection*, mais sur l'idée de *justice*, qu'ils édifiaient leurs systèmes.

Ensuite, l'idée que sur le terrain du droit pénal, *la compétence législative se confond avec la compétence judiciaire*, que les juridictions répressives d'un État ne peuvent appliquer d'autre loi que la sienne. Cette confusion est le fait des législations rudimentaires — telles que le droit féodal du Moyen âge ; de celles que domine la considération exclusive de l'intérêt national — on songera au droit français appliqué par nos tribunaux, sous Louis XIV ; de celles qu'anime un parti-pris de stricte territorialité, — ainsi le droit des Pays-Bas au XVII[e] siècle. Toutes les fois que, d'un point de vue international, un système rationnel de compétence a été construit, ainsi dans la Grèce antique, dans la doctrine italienne du Moyen âge, dans la doctrine allemande du XVIII[e] siècle, la compétence judiciaire et la compétence législative ont été envisagées et organisées *séparément*.

Enfin, l'idée que *la chose jugée pénalement dans un État est sans aucune valeur auprès des autres* ; que le rapport de droit pénal, incertain et changeant — parce qu'il est un rapport de droit public — ne comporte pas de réglementation ayant une portée universelle. On doit imputer à l'imperfection de la communauté internationale, au défaut d'harmonie entre les peuples que souvent, dans le passé, la force obligatoire des sentences pénales étrangères ait été contestée et méconnue. Sans nier, ni toujours blâmer ces dissonances, les auteurs ont prévu que leur nombre devait aller en se restreignant. L'effet international de la règle *Non bis in idem*, et de certaines incapacités pénales, a été très anciennement proclamé. Sous des réserves variables, à l'abri de certaines garanties, la doctrine et la jurisprudence ont toujours tendu à reconnaître la valeur extraterritoriale des jugements répressifs.

Une dernière observation suffit à condamner les idées précédentes, inséparables du point de vue *réaliste* dont elles procèdent. C'est qu'elles sont inconciliables avec la formation d'un *droit pénal* qui soit vraiment *international*. On a constaté, au début de ce livre, que le droit pénal international, à l'heure actuelle, est un chapitre du droit criminel. Son élaboration est l'œuvre unilatérale, souvent égoïste, de chaque État particulier. Ce défaut d'accord est aussi préjudiciable aux États dont il limite l'autorité, dont il paralyse la volonté, qu'aux particuliers qu'il atteint dans le res-

pect de leurs droits. Il offre l'inconvénient — et cette formule résume tout — d'enlever toute certitude au rapport de droit pénal. La formation d'un *droit international pénal* implique la substitution d'un régime d'entente au régime actuel qui est celui de l'isolement. Or, la réalisation de l'entente suppose chez les États, à l'égard de leurs institutions judiciaires, de leurs législations respectives, et de leurs sentences, cette *considération* mutuelle qui est l'âme du Droit des gens.

ERRATA

	lire :	au lieu de :
P. 16, ligne 4,	*Amphictyonie,*	*amphictionie.*
P. 20, ligne 18,	du VIIIe au Ve siècle,	du VIIIe au Xe siècle.
P. 21, lignes 12 et 13,	aux Ve et IVe siècles,	aux Ve et VIe siècles.
P. 43, ligne 18,	quæstiones,	quœstiones.
P. 46, ligne 18,	fœdus,	fædus.
P. 52, ligne 8,	præfecti,	prœfecti.
P. 84, lignes 19 et 20,	juge du lieu du domicile.	juge et lieu du domicile.
P. 105, ligne 14,	quæstiones	quœstiones.
P. 106, ligne 9,	*conveniri*	*convenire.*
P. 106, ligne 9,	*quæritur*	*quœritur.*
P. 106, ligne 15,	*possint*	*possunt.*
P. 128, ligne 6,	*dic,*	*die.*
P. 149, ligne 2,	pœna	pæna.
P. 159, ligne 9,	C. III, 15, 1,	C. III, 15, 2.
P. 174, ligne 2,	C. III, 15, 1,	C. III, 15, 2.
P. 197, ligne 15,	præpositus,	prœpositus.
P. 340, ligne 24,	*ejus*	*ejuse.*
P. 343, ligne 20,	comminée	commuée
P. 343, ligne 32,	*Cajus*	*Cujus.*
P. 351, ligne 2,	juristes du XVIIe siècle	juristes du XVIIIe siècle.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les numéros renvoient aux pages du livre.

A

D

G

H

I

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.


UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 13 05 23 12 015 2